

Edgar Klees

LA DEMEURE

Eine rechtsvergleichende Studie zum Verzugsrecht

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L A D E M E U R E

Eine rechtsvergleichende Studie zum Verzugsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Edgar Klees
aus Berlin-Karlshorst

1968



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Andreas Heldrich
- Dekan: Prof. Dr. Dieter Nörr
- Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1968

Inhaltsübersicht

	Seite:
Einleitung	1
<u>Erster Hauptteil: "La demeure du débiteur"</u>	4
Erstes Kapitel: Die Einordnung der "demeure du débiteur" in das System der Leistungsstörungen des französischen Rechts	4
A. Einheitliche Behandlung aller Erfüllungsfehler durch die Generalklausel des Art. 1146 C. civ.? Zur Geschichte dieser Lehre bis zu ihrer Widerlegung durch die nunmehr herrschende Meinung	4
B. "Inexécution" und "demeure". Eine Klärung dieser Begriffe	10
C. Abgrenzung der "demeure" von der "inexécution im engeren Sinne"	12
I. Die Nachholbarkeit der Leistung als Abgrenzungskriterium	12
II. Die Schwierigkeit, die Nachholbarkeit der Leistung bei gewissen Arten schuldrechtlicher Verpflichtungen zu beurteilen	17
a) Der Zeitpunkt der Leistung - Modalität oder wesentlicher Leistungsteil (zur Auslegung des Art. 1146 in fine C. civ.)	17
b) Die Leistungsverzögerung im Dauerschuldverhältnis als Anwendungsfall des Art. 1146 in fine C. civ.?	19
c) Die Beurteilung der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht	24
d) Die Leistungsverzögerung im Bereich der "obligations de faire" (Art. 1144 C. civ.). Die Bedeutung der Leistungsbereitschaft des Schuldners bei der Feststellung der Nachholbarkeit der Leistung	25
D. Kommt der "mise en demeure" über den umschriebenen Anwendungsbereich hinaus Geltung zu?	28

Zweites Kapitel: Darstellung der "demeure du débiteur" an Hand der verschiedenen Arten schuld- rechtlicher Verpflichtungen	32
A. Der Schuldnerverzug bei Ansprüchen aus Vertrag	32
I. Die Voraussetzungen des Eintrittes des Schuld- nerverzuges	32
a) Die Verzögerung in der Erfüllung einer Ver- bindlichkeit	32
b) Die Leistungsaufforderung	35
1. Anwendungsbereich und Rechtsnatur der "mise en demeure"	35
2. Die "sommation" nach Art. 1139 C. civ. Die Anforderungen an ihre Form und ihren Inhalt	37
3. Zur Auslegung des Begriffes "acte équi- valent" in Art. 1139 C. civ.	38
aa) Die streng formelle Auslegung dieses Begriffes	38
bb) Die "psychologische" Auslegung der Vorschrift	40
cc) Eine mündliche Mahnung als "acte équivalent"?	43
dd) Gesetzliche Verschärfungen des Art. 1139 C. civ.	45
ee) Die Mahnung bei der Holschuld	45
4. Fortfall oder Milderung des Erfordernisses der Zustellung einer "mise en demeure"	46
aa) Ausnahmen auf Grund von Gesetz; die Zulässigkeit vollständiger oder teil- weiser Abbedingung des Art. 1139 C. civ.	46
bb) Ausnahmen bei Unmöglichkeit oder Un- zweckmäßigkeit der Zustellung einer "sommation"	49
5. Der geeignete Zeitpunkt für die Zustellung der "mise en demeure"	53
6. Steht dem Schuldner nach dem Zugang der "mise en demeure" noch eine Erfüllungs- frist zu?	54

	Seite:
c) Die Vorwerfbarkeit der Leistungsverzögerung	56
1. Setzt der Eintritt der "demeure" ein Vertretenmüssen des Schuldners voraus? Eine Klarstellung des mißverständlichen Gesetzestextes	56
2. Die von dem Schuldner zu vertretenden Umstände	59
aa) Der Mindesthaftungsmaßstab des Art. 1137 C. civ. - zur beschränkten Geltung des Satzes "genera non pereunt"	59
bb) Begründet der Begriff "cause étrangère" des Art. 1147 C. civ. eine erweiterte Verantwortlichkeit des Schuldners? Eine Auseinandersetzung mit dieser Streitfrage	60
cc) Die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ.	62
d) Rechtsvergleichender Exkurs: Das Erfordernis der Mahnung im deutschen und französischen Recht - zur Rechtfertigung des Prinzips "dies non interpellat pro homine"	64
1. Die Leistungsverzögerung vor Erhalt der Mahnung als vertragswidriges Schuldnerverhalten	64
2. Der Grund für die Beschränkung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Schuldners durch das Erfordernis der Mahnung	67
II. Die Folgen der eingetretenen "demeure du débiteur"	72
a) Der Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens	72
1. Allgemeine Grundsätze	72
2. Der Umfang des Schadensersatzes bei dem Verzug des Schuldners in der Erfüllung einer Geldschuld	74
aa) Die Pauschalierung des Verzögerungsschadens durch Art. 1153 C. civ.; ihr innerer Grund	74
bb) Die gesetzlichen Ausnahmen dieser Grundregel; zur Auslegung des Art. 1153 Abs. 4 C. civ.	76

3. Zur Zuerkennung des erst künftig eintretenden Verzögerungsschadens	86
aa) Die Bedeutung dieser Möglichkeit für die Funktion des Verzugsrechts als mittelbares Vollstreckungsmittel	86
bb) Die Beziehung zwischen der Zubilligung künftigen Verzögerungsschadens und den verschiedenen Formen der "astreinte"	88
b) Eintritt verschärfter Haftung des Schuldners für Verschlechterungen und Untergang des Leistungsgegenstandes	95
c) Der Übergang der Gefahrtragung auf den Schuldner	96
d) Weitere Folgen des Eintritts der "demeure"?	97
e) Unter welchen Voraussetzungen kann der Gläubiger nach Eintritt der "demeure du débiteur" statt der möglichen Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen?	99
1. Einseitige Leistungspflichten	101
2. Gegenseitige Leistungspflichten	102
aa) Die Vertragsauflösung nach Art. 1184 C. civ.; Umfang und Grenzen der richterlichen Befugnis gegenüber dem die Auflösung betreibenden Gläubiger	102
bb) Die Möglichkeiten der Umgehung des nach Art. 1184 C. civ. vorgeschriebenen Verfahrens; der "pacte comissoire" und die Lehre von der Zulässigkeit der "rupture unilatérale"	111
cc) Das Verhältnis der Sonderregelung in Art. 1144 C. civ. zu der Vertragsauflösung nach Art. 1184 C. civ.	117
3. Rechtsvergleichender Exkurs: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund eingetretenen Schuldnerverzuges. Eine Gegenüberstellung der deutschen und französischen Regelung	119
III. Die Heilung des eingetretenen Schuldnerverzuges	121
B. Der Schuldnerverzug bei gesetzlichen Ansprüchen	123
I. Geltung der Regeln der "demeure" über den Vertragsbereich hinaus?	123
II. Das Verhältnis der "demeure" zu Art. 1382 C. civ., der Generalklausel des französischen Deliktsrechts	128

	Seite:
C. Die Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung	130
I. Der Zeitraum vor der richterlichen Entscheidung	130
II. Der Zeitraum nach der richterlichen Entscheidung	137
III. Rechtsvergleichender Exkurs: Die Behandlung der Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung nach deutschem Recht	138
<u>Zweiter Hauptteil: "La demeure du créancier"</u>	143
A. Die Art. 1257 ff C. civ. als Regelung der "demeure du créancier" im französischen Recht?	143
I. Das Institut "Des offres de paiement et de la consignation" (Art. 1257 ff C. civ.)	143
a) Das Angebot der Leistung	143
b) Die Hinterlegung	145
c) Die Wirkungen der Hinterlegung	146
d) Ein Verschulden des nichtannehmenden Gläubigers - eine weitere Voraussetzung für den Eintritt der Hinterlegungswirkungen?	148
II. Der Geltungsbereich der Art. 1257 ff C. civ.; ihre entsprechende Anwendung auf sonstige Verbindlichkeiten	151
III. Die Art. 1257 ff C. civ. - eine Gläubigerverzugsregelung? Die Stellung der Lehre zu dieser Frage	154
B. Zur Geltung einer "demeure du créancier" außerhalb der Art. 1257 ff C. civ.	155
I. Die ablehnenden Stellungnahmen in der Lehre	155
II. Die Theorien, welche eine "demeure du créancier" als geltendes Recht anwenden wollen	158
a) Die Systeme des Gläubigerverzuges, die ein Verschulden des Gläubigers an der Nichtannahme verlangen	158
1. Die ältere Lehre unter besonderer Darstellung des Systems von Paget	158
2. Die modernen Systeme von Demogue und David	160
b) Das System eines objektiven Verzuges von Baroncea	162

C. Zur Geltung einer "demeure du créancier" im französischen Recht	167
I. Der durch den Gläubigerverzug zu regelnde rechtliche Tatbestand	168
a) Der Grundgedanke der §§ 293 ff BGB	168
b) Die Rechtsstellung des anbietenden Schuldners nach dem Code civil	170
1. Die Gefahrtragung	171
aa) Die Vorschrift des Art. 1138 C. civ.; ihr Geltungsbereich	172
bb) Der übrige Bereich	174
2. Die sonstigen Belastungen, die mit dem weiteren Behaltenmüssen des Leistungsgegenstandes verbunden sein könnten	175
aa) Das Schicksal des Anspruches auf die Gegenleistung	175
bb) Die Kostentragung für Aufwendungen	176
cc) Weitere Milderungen der Leistungspflicht des Schuldners?	177
dd) Zur Zinspflicht des Schuldners; über die Milderung seines Haftungsmaßstabes	179
II. Die Regelung dieses Tatbestandes durch das französische Recht	180
a) Bedarf das französische Recht einer "demeure du créancier"? Die rechtliche Lage des vergeblich anbietenden Schuldners nach deutschem und französischem Recht	180
b) Zur Geltung einer objektiven "demeure du créancier"	182
c) Die an den subjektiven Tatbestand der Annahmeverweigerung anknüpfende "demeure du créancier"	187
1. Erörterungen zu dem Wesen eines solchen Rechtsinstitutes: Das Bestehen einer Annahmepflicht des Gläubigers	188
aa) Der den Art. 1230, 1788, 1790 C. civ. zugrundeliegende Tatbestand	188

bb) Diese Bestimmungen - Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes oder abschließende Regelung der bestehenden Mitwirkungspflichten des Gläubigers?	190
2. Voraussetzungen und Folgen der "demeure du créancier"	194
aa) Eine Abgrenzung des Gläubigerverzuges von der Unmöglichkeit	195
bb) Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges	195
cc) Seine Rechtsfolgen	196
d) Rechtsvergleichender Exkurs: Die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung - ihr Rechtscharakter nach deutschem und französischem Recht	199
1. Die geschichtliche Entwicklung des Streit- es um diesen Rechtscharakter bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland	201
2. Die nunmehr herrschende Meinung: Den Gläu- biger trifft eine Mitwirkungsobliegenheit	204
3. Die Einwände gegen diese Auffassung; die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage	206
4. Die Zulässigkeit beschränkter Anwendung der Regeln über die positive Forderungsver- letzung auf den Fall der schuldhaften Ob- liegenheitsverletzung	211
<u>Dritter Hauptteil:</u> Die Grundgedanken der Verzugsrege- lungen des deutschen und des franzö- sischen Rechts. Die Behandlung der nicht zu vertretenden Verzögerung außerhalb des Verzugsrechts	221
A. Der Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung des Verzugsrechts	221
I. Das französische Recht	221
II. Das deutsche Recht	222
a) Der Schuldnerverzug §§ 284 ff BGB	222
b) Der Gläubigerverzug §§ 293 ff BGB	223

B. Die Behandlung des objektiven Tatbestandes der Leistungs- oder Annahmeverzögerung	224
I. Das französische Recht	224
a) Der objektive Tatbestand der Leistungsverzögerung	225
b) Der objektive Tatbestand der Annahmeverzögerung	230
II. Das deutsche Recht. Der objektive Tatbestand der Leistungsverzögerung	230
a) Eine Darstellung der Meinungen, welche die objektive Leistungsverzögerung mit Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers ausstatten wollen	231
b) Skizzierung des Problems. Die Behandlung der objektiven Leistungsverzögerung im Rahmen einseitiger Leistungspflichten	235
c) Sind dem Gläubiger günstige Rechtsfolgen der im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftretenden Leistungsverzögerung vereinbar mit der Regelung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch?	238
d) Kritik der bisher vertretenen Lösungen	242
e) Eigener Lösungsversuch	245
1. Abzulehnende Analogieschlüsse	245.
aa) Entsprechende Anwendung der §§ 293 ff BGB auf den Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung	245
bb) Entsprechende Anwendung des § 323 Abs.2 BGB	247
cc) Entsprechende Anwendung der Vorschriften des Werkvertragsrechts zu objektiven Verzögerungstatbeständen	247
2. Die gebotene Behandlung der im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftretenden objektiven Leistungsverzögerung	249
aa) § 242 BGB unter Berücksichtigung der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung als Rechtsgrundlage der Wirkungen der objektiven Leistungsverzögerung zugunsten des Gläubigers	249

bb) Die Voraussetzungen eines Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers auslösenden Tatbestandes der objektiven Leistungs- verzögerung	250
cc) Vertragsanpassung oder Rücktrittsrecht als Rechtsfolgen. Deren Verhältnis zu- einander	253

Schlußbetrachtung	256
-------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Orte
abl.	= ablehnend
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	= alter Fassung
Anm.	= Anmerkung
ArchBürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
Art.	= Artikel
BB	= Der Betriebsberater
Bd.	= Band
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, Amtliche Sammlung
Bull. civ.	= Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
C. civ.	= Code civil
C. com.	= Code de commerce
chr.	= chronique
Civ.	= Entscheidung der chambre civile des Cour de cassation
Com.	= Entscheidung der chambre civile, section commerciale et financière, des Cour de cassation
Cons. d'Etat	= Entscheidung des Conseil d'Etat
C. proc.	= Code de procédure civile
Crim.	= Entscheidung der chambre criminelle des Cour de cassation
D.	= Recueil Dalloz
D.A.	= Recueil analytique Dalloz

D.C.	= Recueil critique Dalloz
D.H.	= Recueil hebdomadaire Dalloz
D.P.	= Recueil périodique et critique Dalloz
f	= folgende (Einzahl)
ff	= folgende (Mehrzahl)
G.P.	= La Gazette du Palais
G. Trib.	= Recueil de la Gazette des Tribunaux
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
Iher. Jahrb.	= Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J.C.P.	= Juris - classeur périodique (La Semaine juridique)
Jus	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
LM	= Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH	= Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
Req.	= Entscheidung der chambre des requêtes des Cour de cassation
Rev. crit.	= Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. trim.	= Revue trimestrielle de droit civil
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
S.	= Recueil Sirey oder Seite
sect.	= section

Soc.	= Entscheidung der chambre sociale des Cour de cassation oder Entscheidung der chambre civile, section sociale, des Cour de cassation
somm.	= sommaires
str.	= streitig
st. Rspr.	= ständige Rechtsprechung
Trib. civ.	= Tribunal civil
Trib. com.	= Tribunal de commerce
VersR	= Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	= vergleiche
ZFO	= Zivilprozeßordnung

Ist dem Datum einer Entscheidung nur ein Städtenamen vorangesetzt (zum Beispiel: Pau 19. 5. 1964 S. 1965,308), so handelt es sich um ein Urteil des Cour d'Appel dieser Stadt.

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher

- Aubry et Rau Cours de droit civil français, 6. Aufl.,
Bd. IV bis VI und Bd. VIII, Paris
1949 - 1952
- Batiffol Traité élémentaire de droit interna-
tional privé, 3. Aufl., Paris 1959
- Baudry - Lacantinerie Traité théorique et pratique de droit
civil, 3. Aufl., Bd. XII, XIII und
XXIII, Paris 1907 - 1908
- Brissaud Manuel d'histoire du droit privé,
Neuausgabe Paris 1935
- Carbonnier Droit civil, Bd. II, Paris 1959
- Chitty The law of contracts, Volume 1: General
principles, herausgegeben von K. Scott
und B. Clauson, 21. Aufl., London 1955
- Colin et Capitant Cours de droit civil français, 7. Aufl.,
Bd. II, Paris 1932
- - Traité de droit civil, wiederbegründet
durch Juillot de la Morandière,
Bd. II, Paris 1959
- Cuq Manuel des institutions juridiques
des Romains, Paris 1917
- Demante et Colmet de
Santerre Cours analytique de Code civil,
Bd. V, Paris 1865
- Demogue Traité des obligations, Bd. III und VI,
Paris 1923 und 1931
- Demolombe Cours de Code Napoléon, 3. Aufl.,
Bd. XXIV, XXV und XXVIII (Traité des
contrats), Paris 1845 - 1882
- Dernburg Pandekten, 5. Aufl., Bd. II, Berlin 1897
- - Lehrbuch des preußischen Privatrechts,
5. Aufl., Bd. II, Halle 1897
- Domat Oeuvres complètes, Buch II und III,
Neuausgabe Paris 1835
- Enneccerus - Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Be-
arbeitung, Tübingen 1958

Esser	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Fikentscher	Das Schuldrecht, Berlin 1965
Girard	Geschichte und System des römischen Rechtes, übersetzt von R. v. Mayr, Bd. II, Berlin 1908
Glück	Erläuterung der Pandekten, Bd. IV, Erlangen 1796
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Jèze	Principes généraux du droit administratif, 3. Aufl., Bd. I, Paris 1926
Josserand	Cours de droit civil positif français, 3. Aufl., Bd. II, Paris 1938
Kaser	Römisches Privatrecht, 2. Aufl., München und Berlin 1962
Lalou	Traité pratique de la responsabilité civile, wiederbegründet durch P. Azard, 6. Aufl., Paris 1962
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl., Bd. I, München und Berlin 1964
Laurent	Principes de droit civil français, Bd. XVI und XVIII, Paris - Brüssel 1875 und 1878
Leonhard	Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, München und Leipzig 1929
Marty et Raynaud	Droit civil, Bd. II, Paris 1962
Henri, Léon et Jean Mazeaud	Leçons de droit civil, 2. Aufl., Bd. I bis III, Paris 1961 - 1963
Henri et Léon Mazeaud et Tunc	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5. Aufl., Bd. I bis III, Paris 1957 - 1960
Mühlenbruch	Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl., 2. Teil, Halle 1836
Planiol et Ripert	Traité pratique de droit civil français, 2. Aufl., Bd. VI, VII, X, XI, Paris 1952 - 1956, sowie Bd. XIV: "Mise à jour"

- Pothier Oeuvres complètes, Bd. I und II (Obligations), III (Vente) und VI (Contrat de louage), Neuauflage Paris 1821
- Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht, 4. Aufl., Bd. II, Leipzig 1855
- Ripert Traité élémentaire de droit commercial, 4. Aufl., Bd. I bis III, Paris 1959 - 1961
- Ripert et Boulanger Traité de droit civil (d'après le traité de Planiol), Bd. II, Paris 1957
- Saleilles Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3. Aufl., Paris 1914
- Schnitzer Vergleichende Rechtslehre, 2. Aufl., Bd. I, Basel 1961
- Surville Eléments d'un cours de droit civil français, 2. Aufl., Bd. II, Paris 1911
- Toullier Le droit civil français, Bd. VII, Rennes 1816
- Wilson Principles of the law of contract, London 1957.
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Bd. II, Frankfurt 1891
- Zitelmann Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900

II. Kommentare

- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Bd. 1, Münster 1962
- Fuzier - Herman Code civil annoté, Neuauflage besorgt von Demogue, Bd. III, V und VI, Paris 1936 - 1949
- Heinsheimer - Wolff Code civil, herausgegeben von Heinsheimer, Martin Wolff, Kaden und Merk, Mannheim - Berlin - Leipzig 1932
- Huc Commentaire théorique et pratique du Code civil, Bd. VIII, Paris 1895
- Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 6, Wien 1951

Larombière	Théorie et pratique des obligations, Bd. I bis III, Paris 1857
Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Aufl., München und Berlin 1966
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd. II 1. Hälfte, Berlin 1928
Rehbein	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1903
Reichsgerichtsräte- kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl, Bd. I 2. Teil und Bd. II 2. Teil, Berlin 1960
Soergel - Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Bd. I bis III, Stuttgart 1959 - 1962
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Bd. II 3. Teil, München - Berlin - Leipzig 1928
- -	desgl., 11. Aufl., Bd. II Teile 1 b und c, Bd. III, Berlin 1956 - 1961
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd. II 1. Teil, Berlin 1957

III. Monographien und Aufsätze

Aubry	Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations, thèse Paris 1878
Balis	Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obli- gation ayant pour objet une somme d'argent, in: Rev. crit. 1934,97
Baroncea	Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du créancier), thèse Paris 1929
Béquignon	La dette de monnaie étrangère, thèse Caen 1925
Borricand	La clause résolutoire expresse dans les contrats, in: Rev. trim. 1957,433

- Bouet Des offres réelles, thèse Paris 1910
- Capitant De la cause des obligations, 3. Aufl., Paris 1927
- Cassin De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus), thèse Paris 1914
- - Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats, in: Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant, Paris 1939, Seite 63
- Constantinesco Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais), Stuttgart und Brüssel 1960
- Datry L'échéance (délais de grâce et moratoires), thèse Lyon 1945
- David, François De la mise en demeure, in: Rev. crit. 1939, 95
- Demogue Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, in: Rev. trim. 1907, 245
- Derrida Dommages-intérêts, in: Dalloz, Répertoire de droit civil, Bd. II, Paris 1952
- Eckstein Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungsschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, in: ArchBürger 37, 390
- Esmein Besprechung der Entscheidung Civ. 31. 7. 1946 in: J.C.P. 1947 II 3809
- Fréjaville La loi du 21 juillet 1949 sur les astreintes en matière d'expulsions, in: J.C.P. 1949 I 792
- - La valeur pratique de l'astreinte, in: J.C.P. 1951 I 910
- Gervésie Besprechung der Entscheidung des Cour d'appel de Lyon 22. 11. 1954 in: D. 1956, 628
- Giverdon Les obligations de l'acheteur, in: Hamel, La vente commerciale de marchandises, Paris 1951, Seite 273

- Grossfeld Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Frankfurt - Berlin 1961
- Hirsch Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, Leipzig 1895
- Holleaux Besprechung der Entscheidung Civ. 20. 10. 1959, in: D. 1959, 537
- Hubert Besprechung der Entscheidung Civ. 13. 4. 1923, in: S. 1926.1.17
- Kayser L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, in: Rev. trim. 1953, 209
- Kohler Annahme und Annahmeverzug, in: Iher. Jahrb. 17, 261
- Krückmann Unmöglichkeit und Unmöglichkeitssprozeß, in: AcP 101, 1
- - Clausula rebus sic stantibus, in: AcP 116, 157
- Lalou Les intérêts des dommages-intérêts, in: D.H. 1935 chr. 65
- Lange, Heinrich Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934
- Larguier La preuve d'un fait négatif, in: Rev. trim. 1953, 1
- Lepeltier La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, Paris 1934
- Lorans Le délai de grâce et l'aménagement des dettes, thèse Bordeaux 1940
- von Madai Die Lehre von der mora, 1837
- Mazeaud, Henri Besprechung der Entscheidung Req. 1. 6. 1932 in: S. 1933.1.49
- Meurisse Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, in: J.C.P. 1947 premier semestre I Doctrine 667
- - La réparation du dommage causé par une perte d'argent, in: G.P. 1955.2. Doctrine 56
- - Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge, in: G.P. 1962.2. Doctrine 15

- Mommsen, Friedrich Beiträge zum Obligationenrecht,
3.Abteilung: Die Lehre von der mora,
Braunschweig 1855
- Montel Considérations sur la réparation du
dommage dérivant de l'inexécution d'une
obligation de somme d'argent, in:
Rev. trim. 1932,1017
- Nastelski Die Zeit als Bestandteil des Leistungs-
inhalts, in: Jus 1962,289
- Nuville Les intérêts en matière de responsabi-
lité civile, G.P. vom 6. März 1937
Doctrine
- Paech Der Leistungsverzug, Berlin 1902
- Paget Essai sur la mise en demeure et ses
effets, Paris 1870
- Perrot La mise en demeure, in: Dalloz, Réper-
toire de droit civil, Bd. III, Paris
1953, Seite 468
- Picard et Prudhomme De la résolution judiciaire pour
inexécution des obligations, in: Rev.
trim. 1912,61
- Pierrard La mise en demeure et les dommages-
intérêts compensatoires, in: J.C.P.
1945 I 466
- - Besprechung der Entscheidung Soc.
17. 12. 1943 in: J.C.P. 1947 II 3373
- Planiol Besprechung der Entscheidung Civ.
11. 1. 1892 in: D.P. 1892.1.257
- Ripert Le régime démocratique et le droit
civil moderne, Paris 1936
- Ripert, Lucienne La réparation du préjudice dans la
responsabilité délictuelle, thèse
Paris 1933
- Rosenberg Der Verzug des Gläubigers, in: Iher.
Jahrb. 43,141
- Rother Haftungsbeschränkung im Schadensrecht,
München und Berlin 1965
- Saguès La rupture unilatérale des contrats,
thèse Paris 1937

Savatier	L'exécution des condamnations au payement d'une astreinte, in: D. 1951, chr. 37
Schey	Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schoemann	Lehre vom Schadensersatz, Teil 2, 1806
Schreiber	Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1. Bd., Leipzig 1914
Staub	Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Aufl., Berlin 1913
Stoll	Vertrag und Unrecht, bearbeitet von Felgentraeger, 3. Aufl., 2. Halbband, Tübingen 1943
- -	Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
Venzmer	Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München und Berlin 1960
Viollette	Des offres réelles en droit français, thèse Paris 1896
Weber, Werner	Eigentum und Enteignung, in: Neumann- Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954
Weill, Alex	Dommages-intérêts compensatoires et mise en demeure, in: Rev. crit. 1939, 203
Wendt	Unterlassungen und Versäumnisse im deutschen bürgerlichen Recht, in: AcP 92, 1
Weyl	System der Verschuldensbegriffe im Bür- gerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, München 1905
Windscheid	Die Lehre des französischen Rechts von der mora (Verzug - demeure), in: Archiv für Civil- und Criminalrecht der König- lich Preussischen Rheinprovinzen, Bd. 44 Zweite Abteilung B Seite 17
Wolff	Zur Lehre von der mora, 1841
Zimmern	Inwiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt?, in: AcP 3, 121

Zitelmann

Selbstmahnung des Schuldners, in:
Festgabe für Paul Krüger, Bonn 1911
Seite 282

IV. Materialien

Fenet

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Bd. XIII, Paris 1836

Guyot

Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Bd. XVI, Paris 1785

Locré

Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon, 5 Bände, 2. Aufl., Paris 1808

- -

La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français, Bd. XIV, Paris 1827 - 1832

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888

E i n l e i t u n g

Innerhalb der Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner kommt neben anderem dem Zeitpunkt der Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeit Bedeutung zu: Die Einhaltung des Leistungstermines kann eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Abwicklung des Schuldverhältnisses sein. Der Gläubiger erwartet die Begleichung seiner Forderung zum Fälligkeitstermin; der erfüllungswillige Schuldner strebt nach Befreiung von seiner Schuld.

Um mittelbar die Beachtung des Leistungstermines zu sichern und um die nachteiligen Folgen seiner Mißachtung durch die eine Partei auszugleichen, knüpft das deutsche Recht des Gläubiger- und Schuldnerverzuges unter gewissen Voraussetzungen Sanktionen an die Nichteinhaltung dieses Zeitpunktes. Eine ähnliche Funktion kommt im französischen Recht dem Institut der "demeure" zu.

Die rechtsvergleichende Auseinandersetzung mit der "demeure" begegnet manchen Schwierigkeiten. Diese erklären sich aus der Überalterung des einst richtungsweisenden Code civil. Die teilweise mißverständliche Fassung bestimmter Artikel des Gesetzes ist die Ursache reger Meinungsverschiedenheiten in wichtigen Fragen innerhalb der Lehre. Die Absicht der Väter des Code civil, einen dem Laien verständlichen Gesetzestext zu schaffen, hat eine Vernachlässigung des dogmatischen Aufbaus des Rechts der Erfüllungsfehler zur Folge gehabt. Der Versuch der Abgrenzung von Verzug ("demeure") und Nichterfüllung ("inexécution") wird dies ebenso zeigen wie die Darstellung des Streites um die Geltung der "demeure" bei Verbindlichkeiten außervertraglichen Ursprungs.

Zum Schuldnerverzug ("la demeure du débiteur") enthält der Code civil zahlreiche über das Gesetz verstreute Bestimmun-

gen, die jedoch kein abgerundetes Ganzes ergeben¹⁾; besonders wichtig sind die Artikel 1138, 1139, 1146, 1302 des Code civil. Die Fortentwicklung des geschriebenen Rechts durch die Lehre während der vergangenen 160 Jahre hat sich bemüht, die gesetzliche Regelung der "demeure" zu interpretieren. Dennoch spiegeln sich in der Lehre oft noch heute die Schwächen des Code civil wider: teilweise ausschließlich von der (erwünschten) Rechtsfolge ausgehend²⁾, wird beispielsweise anlässlich der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches jeweils im Einzelfall untersucht, ob eine "mise en demeure" erforderlich ist. Eine solche kasuistische Betrachtung mußte die Entwicklung der "demeure" als eigenes Rechtsinstitut verkümmern lassen.

Der Gläubigerverzug ("la demeure du créancier") ist im Code civil unter diesem Namen nicht geregelt. Seine Existenz im französischen Recht ist daher umstritten. Teilweise werden die im Gesetz geregelten "offres réelles" (Art. 1257 ff C. civ.) als ähnliches Rechtsinstitut angesehen; zum Teil hat man die "demeure du créancier" aus allgemeinen Rechtsgedanken abzuleiten versucht.

Trotz mancher Schwächen der gesetzlichen Regelung der "demeure" verspricht ihre rechtsvergleichende Betrachtung Gewinn. Dies wird an zahlreichen Stellen der Arbeit deutlich werden: Die Untersuchung der Grundidee des "dies non interpellat pro homine", die Ausgestaltung des Anspruches auf den Ersatz des Verzögerungsschadens wie auch die Rechtsfolgen der schuldhaften Annahmeverweigerung des Gläubigers nach französischem Recht sind in

1) Kritisch zu der lückenhaften Regelung des Code civil: David, De la mise en demeure, Rev. crit. 1939, 95 (98, 140); Perrot, La mise en demeure, Nr. 3; Constantinesco Nr. 20 S. 46.

2) vgl. zum Beispiel: Derrida, Dommages-intérêts, Nr. 25; Meurisse, Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, J.C.P. 1947 premier semestre I Doctrine 667 Nr. 28.

diesem Zusammenhang ebenso besonders hervorzuheben wie die in der französischen Rechtsprechung festzustellende Tendenz, unter gewissen Voraussetzungen an den Tatbestand der von dem Schuldner nicht zu vertretenden Leistungsverzögerung dem Gläubiger günstige Wirkungen zu knüpfen.

Angesichts solcher interessanter Erscheinungen der "demeure" erscheint eine Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstitut notwendig, zumal da in Deutschland mit Ausnahme von einer Studie Windscheid's¹⁾ aus der Mitte des vergangenen Jahrhunderts keine Darstellung des französischen Rechts der Leistungsstörungen erschienen ist. Als fremdsprachige Veröffentlichung in diesem Bereich sei die Arbeit von Constantinesco²⁾ hervorzuheben, die aber stärker auf die Nichterfüllung und nicht so sehr auf den Schuldnerverzug eingeht.

In den ersten beiden Hauptteilen der Arbeit werden zunächst die "demeure" von Schuldner und Gläubiger dargestellt werden. Eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung mit dem deutschen Recht wird nur dort erfolgen, wo sie auch in Einzelfragen wertvoll erscheint. - Der abschließende dritte Hauptteil wird der Herausarbeitung der Grundgedanken der zu vergleichenden Verzugsregelungen gewidmet sein; in ihm werden schließlich auch die Rechtsfolgen der unverschuldeten Leistungsverzögerung untersucht werden.

1) Die Lehre des französischen Rechts von der mora, in: Archiv für Civil- und Criminalrecht der Königlich Preußischen Rheinprovinzen, Bd: 44 Zw.Abt.B S. 17.

2) Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Stuttgart und Brüssel 1960.

E r s t e r H a u p t t e i l

LA DEMEURE DU DEBITEUR

Erstes Kapitel: Die Einordnung der "demeure du débiteur"
in das System der Leistungsstörungen des
französischen Rechts.

- A. Einheitliche Behandlung aller Erfüllungsfehler durch
die Generalklausel des Art.1146 C.civ.? Zur Geschich-
te dieser Lehre bis zu ihrer Widerlegung durch die
nunmehr herrschende Meinung.

Die Behandlung der Leistungsverzögerung im französischen Recht gesondert zu untersuchen, erscheint nur sinnvoll, wenn dieser Tatbestand abweichend von den übrigen Leistungsstörungen eigenen Regeln unterworfen ist. Wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis die Leistungsverzögerung nur eine von mehreren Fallgestaltungen des "breach of contract" ist¹⁾, könnte Art.1146 C.civ. eine diesem Institut vergleichbare Generalklausel enthalten.

Als solche ist diese Vorschrift in der Tat lange Zeit von der französischen Rechtsprechung und Lehre angesehen worden. Der Gesetzestext des Art.1146 C.civ. läßt sich auf den ersten Blick nur in diesem Sinne verstehen: ehe der Gläubiger Schadensersatz verlangen kann, muß seinem Begehren eine "mise en demeure" vorausgegangen sein. Die "mise en demeure" scheint Voraussetzung jeden Schadensersatzbegehrens wegen Vertragsverletzung zu sein, ohne daß eine Unterscheidung nach dem Entstehungstatbestand des Ersatzanspruches zu treffen wäre. Die französische Rechtslehre sah daher keinen Anlaß,

1) J.F.Wilson, Principles of the Law of Contract, (London 1957), S.441; Chitty, The Law of Contracts, Volume 1, S.195.

Fälle der Leistungsverzögerung, der Schlechterfüllung und der Unmöglichkeit der Erfüllung voneinander abweichenden Regeln zu unterwerfen¹⁾.

Trotz mancher Gegenstimmen blieb diese Auslegung des Art.1146 C.civ. bis etwa 1930 vorherrschend²⁾. In einer eingehenden Auseinandersetzung mit den vordringenden neuen Meinungen verteidigte David die Auffassung, Art. 1146 C.civ. enthalte eine Generalklausel und lasse daher eine differenzierende Behandlung auftretender Erfüllungsfehler nicht zu³⁾: Sich wohl bewußt, daß seine Deutung des Wortes "demeure" sich mit dessen Ursprung, der auf die römisch-rechtliche "mora" zurückgeht, nicht vereinbaren läßt, begründet er seine Meinung mit dem besonderen Zweck, welcher der "mise en demeure" nach dem Willen der Gesetzgeber des Code civil zukommen soll. Ihre Bedeutung erschöpfe sich nicht darin, den Schuldner zu rechtzeitiger Erfüllung anzuhalten⁴⁾; sie diene auch der formellen Feststellung der Nichterfüllung des Schuldners⁵⁾.

-
- 1) Demante et Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, Bd.V, Nr.62 bis S.91 ff; Surville, Droit civil, Bd.II, Nr.130 note 3, S.65; Req. 31. 5. 1865 S. 1866.1.166; Civ. 2. 3. 1875 S. 1875.1.292; Civ. 11.1. 1892 D.P. 1892.1.257 mit Anmerkung von Planiol.
 - 2) Josserand, Cours de droit civil positif français, Bd. II, Nr. 621 S. 393, 394; Demogue, Bd. VI, Nr. 232 S. 252, 253 und Nr. 242 S. 268, 269; Civ. 7. 7. 1909 S. 1910. 1. 371; Civ. 9. 11. 1914 D.P. 1916. 1. 268; Civ. 13. 4. 1923 S. 1926. 1. 17; noch schwankend: Colin et Capitant, 7. Aufl., Nr.99 bis S. 90 f.
 - 3) David, De la mise en demeure, Rev.crit. 1939, 95 (103 ff.).
 - 4) David, Rev.crit. 1939, 95 (101 ff.).
 - 5) David, Rev.crit. 1939, 95 (103); vgl. Carbonnier II Nr. 159 S. 531: Der "mise en demeure" könne im Bereich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Bedeutung zukommen, deutlich zu machen, wer für das Ausbleiben der Erfüllung verantwortlich sei.

Diese Ansicht war aber nicht haltbar. Da nach nahezu einhelliger Meinung nur der nach dem Zugang der "mise en demeure" entstandene Schaden zu ersetzen war¹⁾, mußte der Gläubiger bei Zerstörung der an ihn zu liefernden Sache leer ausgehen. Die Rechtsprechung vermied schon frühzeitig derart untragbare Folgen der Auslegung des Art. 1146 C. civ. als Generalklausel, indem sie bei solchen Vertragsverletzungen Schadensersatz in Anwendung des deliktischen Anspruches des Art. 1382 C. civ. zusprach²⁾.

Planiol und Demogue versuchten die unerträglichen Folgen der Lehre von dem Generalklauselcharakter des Art. 1146 C. civ. auf andere Weise zu vermeiden. Dieser Auffassung im Grunde zustimmend, hielten sie die Zustellung einer "mise en demeure" ausnahmsweise dann für entbehrlich, wenn eine "faute" des Schuldners zu dem endgültig die Erfüllung des Anspruches verhindernden Umstand geführt hat³⁾. Obwohl diese Autoren in Art. 1146

-
- 1) Weill, Dommages-intérêts compensatoires et mise en demeure, Rev.crit. 1939, 203 (208); Hubert, Anmerkung zum Urteil Civ. 13. 4. 1923 S. 1926. 1. 17 (18); H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2282 S. 413; Demogue VI Nr. 239 S. 266.
 - 2) Req. 5. 11. 1834 S. 1834. 1. 691; Civ. 8. 2. 1864 S. 1865. 1. 227; Civ. 5. 3. 1872 S. 1872. 1. 299; Civ. 8. 12. 1874 S. 1875. 1. 420; Req. 22. 4. 1909 S. 1909. 1. 368; Civ. 21. 10. 1912 S. 1913. 1. 195; Civ. 15. 5. 1923 S. 1924. 1. 123.
Heute wird weitgehend ein Übergang von der Vertrags- zur Deliktshaftung als unzulässig angesehen; Ausnahmen werden teilweise zugelassen, wenn der Schuldner vorsätzlich seinen vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen ist; vgl. Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 488 ff S. 660 ff; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1251 ff S. 713 ff; H. et L. Mazeaud et Tunc I. Nr. 173 ff S. 224 ff; Civ. 6. 5. 1946 J.C.P. 1946 II 3236 note Rodière;
anderer Ansicht noch Req. 14. 12. 1926 D.P. 1927.1.105 mit abl. Anm. Jossierand.
 - 3) Planiol, Anmerkung zu Civ. 11. 1. 1892 D.P. 1892. 1. 257 (258); Demogue, Rev. trim. 1924, 359; zu den Ursprüngen dieser Lehre im römischen Recht siehe unten S. 52 Anm. 1.

C. civ. eine allgemeingültige Vorschrift sehen, verlangen sie im Ergebnis die "mise en demeure" nur noch in den Fällen, in denen die Erbringung der Leistung ihrer Substanz nach noch möglich ist. Bereits sie unterwerfen daher Leistungsverzögerung und Nichterfüllung unterschiedlichen Regeln.

Schon Mitte des 19. Jahrhunderts begannen sich Stimmen gegen die Auffassung zu regen, Art. 1146 C. civ. setze bei jeder Art von Schadensersatzansprüchen eine "mise en demeure" voraus. Larombière¹⁾ traf erstmalig die heute zum Allgemeingut gewordene Unterscheidung von "dommages et intérêts compensatoires"²⁾ und "dommages et intérêts moratoires" - des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und des Schadensersatzes wegen der Verspätung in der Erfüllung. Nur die "dommages et intérêts moratoires" waren an die Zustellung einer "mise en demeure" geknüpft. Die unterschiedliche Behandlung der Ersatzansprüche entsprechend ihrem Entstehungsgrund begründete er mit einer Stelle aus den Vorbereitungsarbeiten zum Code civil. Danach erläuterte Bigot de Préameneu den späteren Art. 1146 C. civ. mit den folgenden Worten:

"Les dommages et intérêts peuvent être du non seulement à raison de l'inexécution, mais encore à raison du simple retard: Il faut, dans ce dernier cas, que le débiteur soit en demeure..."³⁾

Der daraus zu ziehende Schluß bestätigt sich, wenn man bereits die grundlegende Unterscheidung von Verzögerungs- und Nichterfüllungsschaden durch Pothier be-

1) Larombière, Théorie et pratique des obligations, Art. 1147 Nr. 3.

2) Zur Kritik an dem Wort "compensatoires": H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2323 S. 453.

3) Fenet, XIII, S. 232 (zu den Art. 1146, 1147).

achtet¹⁾, dessen Arbeiten bei der Schaffung des Code civil weitgehend als Grundlage gedient haben.

Diese Deutung des Art. 1146 C.civ. durch Larombière gewann zunehmend Anhänger²⁾.

Hubert versuchte die Unterscheidung sogar aus dem Text des Art. 1146 C.civ. zu begründen: "... lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, ..." Nur bei fortdauernder Möglichkeit der Erfüllung bedürfte es also der "mise en demeure"³⁾. Weiter wird zum Nachweise der Richtigkeit der durch Larombière vorgenommenen Trennung auf die Art. 1145 und 1146 in fine C.civ. verwiesen: Diese bildeten nur eine beispielhafte Aufzählung dafür, daß es in den Fällen eines Schadensersatzbegehrens wegen Nichterfüllung keiner "mise en demeure" bedürfe⁴⁾. Die moderne Lehre hat sich heute einmütig der Meinung angeschlossen, im Rahmen des Art. 1146 C.civ. sei zwischen bloßer Leistungsverzögerung und endgültiger Nichterfüllung der Verbindlichkeit zu unterscheiden; nur in den Fällen der Verzögerung gilt das Erfordernis der "mise en demeure"⁵⁾. Die Rechtsprechung hat diese Trennung - wenn zunächst auch nur zögernd - übernommen⁶⁾.

1) Pothier, Obligations I Nr. 169 S. 148, 149.

2) Demolombe, Cours de Code Napoléon XXIV Nr. 513 S. 516, Nr. 570 S. 560; Laurent, Principes de droit civil français, XVI Nr. 251 f. S. 313 ff; J.Aubry, Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations, thèse Paris 1878, S. 65 ff; vgl. Aubry et Rau VI § 445 S. 498.

3) Hubert, Anmerkung zu Civ. 13. 4. 1923 S. 1926.1.17.

4) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 399 ff, Nr. 2278 S. 411.

5) M.-J. Pierrard, La mise en demeure et les dommages-intérêts compensatoires, in J.C.P. 1945.466; Lalou Nr. 62 S. 35; Carbonnier II Nr. 159 S. 529.

6) siehe insbesondere: Civ. 3. 12. 1930 G.P. 1931.1. 78; Req. 3. 4. 1939 G.P. 1939.2.92.

Jedoch wirkt die über ein Jahrhundert gültig gewesene Vorstellung von dem Art. 1146 C.civ. als der Generalklausel, die alle Fälle der Vertragsverletzung gleichen Regeln unterwirft, noch fort. Im Ergebnis zu billigende Entscheidungen der Cour de Cassation enthielten noch Sätze wie: "Les dommages-intérêts pour inexécution ... ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation"¹⁾. Andere Autoren kennen keine grundsätzliche Trennung von Verzug und Nichterfüllung; sie arbeiten im Rahmen des Art. 1146 C.civ. mit Gruppen von Ausnahmen, in denen es ausnahmsweise des Erfordernisses der "mise en demeure" nicht bedürfte²⁾. Auf diesem Wege kommen auch sie dahin, ihre Zustellung tatsächlich nur noch in den Fällen echter Leistungsverzögerung zu verlangen. Die Nachwirkungen der ursprünglichen Vorstellung über das Verhältnis Leistungsverzögerung - Nichterfüllung stehen oft noch einer sauberen dogmatischen Abgrenzung der verschiedenen Formen der Leistungsstörungen untereinander entgegen. Diese Grenze aufzuzeigen, wird in dem folgenden Abschnitt der Arbeit versucht werden³⁾.

1) so Soc. 17. 12. 1943 J.C.P. 1947 II 3373; ähnlich Civ. 31. 7. 1946 D. 1947.erster Halbband.57.

2) Derrida, Dommages-intérêts, Dalloz, Répertoire de droit civil, 1.Aufl. 1952 Bd.II Nr. 25 S. 295 f; Meurisse, Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, J.C.P. 1947.Ier semestre.I.Doctrine 667 Nr. 28.

3) De lege ferenda befürwortet das Lehrbuch von Mazeaud und in besonderem Maße dessen Bearbeiter Tunc die Schaffung einer Generalklausel des Inhalts, daß bei schuldhafter Vertragsverletzung stets Schadensersatz zu leisten sei. Ihnen schwebt eine Neufassung des Art. 1146 C.civ. entsprechend dem "breach of contract" vor: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2283 S. 414 f, Nr. 2287 S. 417.

Tunc glaubt, in der Trennung des Gesetzes die Quelle grober Unbilligkeiten zu sehen. Falls jemand verspätet eine gesondert anzufertigende Maschine liefert, kann ein erheblicher Verzögerungsschaden entstehen, der - obwohl sogar den Nichterfüllungsschaden übersteigend - erst ab der Zustellung der "mise en demeure" geschuldet würde. Ist eine derartige Maschine dagegen an anderer Stelle erhältlich und schreitet der Gläubiger zu einem Deckungskauf, so erhalte er diesen Schaden - obwohl weniger bedeutend als der

B. "Inexécution" und "demeure": Klärung dieser Begriffe.

Gelten für die Fälle der Leistungsverzögerung also besondere Regeln, bedarf es zunächst der Einordnung der demeure in das System der Leistungsstörungen des französischen Rechts. Neben der "demeure" kennt es nur noch die "inexécution". Erst die Klärung des Begriffes "inexécution" ermöglicht die notwendige Grenzziehung zwischen beiden Formen der Leistungsstörung.

"Inexécution" hat bei wörtlicher Auslegung einen sehr umfassenden Sinn. Über ein Institut der positiven Forderungsverletzung brauchte man sich in Frankreich schon aus diesem Grunde nicht auseinanderzusetzen. Diesem Vorteil steht als Nachteil gegenüber, daß der Begriff "inexécution" in seiner rechtlichen Aussage mehrdeutig ist. Die Betrachtung, nach der "inexécution" objektiv wie subjektiv verstanden werden kann¹⁾, mag nur am Rande erwähnt werden. Ob der Erfüllungsmangel von dem Schuldner zu vertreten sein muß, ehe man von einer Nichterfüllung seinerseits sprechen kann, weil er sonst alles in seiner Macht Stehende getan hat, diese Frage kann nicht zu einer Beleuchtung des Verhältnisses "inexécution" - "demeure" beitragen; die Fragestellung, ob der Erfüllungsmangel von dem Schuldner zu vertreten sein muß, gilt für beide Tatbestände im gleichen Maße. Die gewünschte Klärung läßt sich nur aus der unterschiedlichen objektiven Fallgestaltung gewinnen.

Verspätungsschaden - ohne jede "mise en demeure" ersetzt. Für eine derart unterschiedliche Behandlung suche man vergeblich nach einem inneren Grund: A. Tunc Nr. 2276 Anm. 2 bis S. 399 ff, Nr. 2277 Anm. 2 S. 404.

- 1) H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 660 S. 722 f; abl. Constantinesco, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Nr. 13 Anm. 2 S. 32 f: inexécution ist objektiv zu bestimmen.

Nichterfüllung bedeutet sinngemäß ein Minus zwischen geschuldeter und erbrachter Leistung. Auch bei der lediglich verspäteten Erfüllung ist ein solches Minus festzustellen. "Inexécution" könnte daher der Oberbegriff für jegliche Art von Leistungsstörung, die "demeure" nur ein besonders gestalteter Fall der Nichterfüllung sein. Jedoch ist "inexécution" rechtlich auch in dieser Hinsicht doppelsinnig¹⁾. Dies veranschaulicht am besten der Text des Art. 1147 C.civ.: Die erste Satzhälfte der Bestimmung stellt "inexécution" und "retard" als Ursprungsgründe einer Schadensersatzverpflichtung des Schuldners gegenüber; ihre Schlußhälfte macht den Ersatzanspruch des Gläubigers davon abhängig, daß die "inexécution" auf einem dem Schuldner zurechenbaren Umstand beruht. Diese letzte Formulierung bestätigt "inexécution" als den Oberbegriff für alle Erfüllungsmängel, die Leistungsverzögerung eingeschlossen²⁾; im ersten Halbsatz dagegen werden Verzögerung und Nichterfüllung als die verschiedenen Entstehungstatbestände eines Ersatzanspruches gegenübergestellt. Die Artikel 1144, 1226, 1229 gebrauchen ebenso wie die Titelüberschrift vor Art. 1146 C. civ. das Wort "inexécution" in seinem umfassenden Sinn, Art. 1142 C. civ. verwendet es dagegen wieder im Gegensatz zur demeure.

Stellt man bei der Feststellung des Tatbestandes der "inexécution" darauf ab, ob die Leistung ihrer Substanz nach ohne Rücksicht auf die Modalitäten, unter denen sie zu bewirken ist, erbracht worden ist, hat man mit dem engeren Begriff der Nichterfüllung zu tun. Denn die "demeure" knüpft nur an den Verstöß gegen eine solche Leistungsmodalität, nämlich an die Mißachtung des fest-

1) Constantinesco, Nr. 13 f S. 33-35, Nr. 17 S. 40 f; Carbonnier II Nr. 154 S. 509.

2) vgl. Ripert et Boulanger II Nr. 844 S. 311.

gelegten Leistungszeitpunktes an. In diesem eingeschränkten Sinne wird der Begriff der "inexécution" in der Folge nur noch verwandt werden¹⁾. "Demeure" und "inexécution im engeren Sinne" bilden die beiden Gruppen denkbarer Leistungsstörungen; die "inexécution im weiteren Sinne" ist ihr Oberbegriff²⁾.

C. Abgrenzung der "demeure" von der "inexécution im engeren Sinne"

I. Die Nachholbarkeit der Leistung als Abgrenzungskriterium

Eine Darstellung der "demeure" ist nicht denkbar, ohne sie zunächst von der zweiten Gruppe von Leistungsstörungen, der "inexécution im engeren Sinne", abgegrenzt zu haben.

Der Verzug knüpft an die Verspätung der Leistung an. Dies allein reicht jedoch als Abgrenzungskriterium nicht aus. Vielen Arten der Leistungsstörung ist es eigen, daß die Leistung zumindest teilweise zeitlich ausbleibt. Das zeitliche Moment kann nicht losgelöst von der fortbestehenden Möglichkeit der Erfüllung betrachtet werden. Nur wenn die gewollte Leistung ihrer vollen Substanz nach auch noch nach dem Verstreichen des vorgesehenen Leistungstermins erbracht werden kann, ist eine echte Leistungsverzögerung gegeben.

1) Gleichfalls Gegenüberstellung von "inexécution" und "demeure" als Gegensätze: Pothier, Obligations I, Nr. 169 S. 148 f; Fenet, XIII, S. 232 (Motivstelle zu den Art. 1146, 1147; zitiert oben S. 7; Weill, Rev. crit. 1939, 203 (213 f); H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 399.

2) so Constantinesco Nr. 17 S. 40.

Nachholbarkeit der Leistung auf der einen, Endgültigkeit des Erfüllungsfehlers auf der anderen Seite sind bei einem Ausbleiben der Erfüllung die geeigneten Abgrenzungskriterien zwischen der "demeure" und der "inexécution im engeren Sinne"¹⁾.

Diese Lehre beurteilt die Frage, ob die Leistung nachholbar ist, jeweils von dem Verstreichenlassen des Erfüllungstermines ab nach den objektiven Gegebenheiten. Solange trotz der Verspätung die ausstehende Leistung noch erbracht werden kann, ist lediglich der Tatbestand der Verzögerung gegeben. Wird die Leistung später dann unmöglich, so lag bis zu diesem Zeitpunkt "retard" vor, erst anschließend "inexécution"²⁾.

Das Lehrbuch von Mazeaud und Tunc legt für die Feststellung der Nachholbarkeit der Leistung einen anderen Maßstab zugrunde. Veranlaßt durch die Schwierigkeit für den Gläubiger, im Zeitpunkt des fruchtlosen Verstreichens des Leistungstermines festzustellen, ob Nichterfüllung oder lediglich eine Leistungsverzögerung vorliegt, lehnen sie die Haltung der herrschenden Meinung ab. Sie wollen nicht grundsätzlich, solange die Leistung noch möglich ist, eine Verzögerung als gegeben ansehen, sondern nur dann, wenn die Leistung tatsächlich später noch erbracht worden ist. Im Wege rückwirkender Betrachtung wird also ermittelt, ob die Leistung nachholbar war. Nur die tatsächlich, wenn auch

-
- 1) Hubert, Anm. zu Civ. 13. 4. 1923 S. 1926. 1. 17 (18, 20); Demogue VI Nr. 231 S. 251 f; Meurisse, J.C.P. 1947.premier semestre.I.Doctrine 667 Nr.38; Constantinesco Nr. 18 S. 41-44.
- 2) Demogue VI Nr. 227 S. 248, Nr. 312 S. 346; Baudry - Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1365; Req. 11. 5. 1898 D.P. 1899.1.310; Civ. 18.4.1953 D. 1953, 403; Soc. 17.2.1956 Bull. civ. 1956 IV 125.

verspätet erbrachte Leistung war nachholbar¹⁾).

Diese Auffassung verkennt die Lage des Gläubigers, der vergeblich die rechtzeitige Erfüllung seines Anspruchs erwartet. Er vertraut zunächst darauf, daß die ausstehende Lieferung noch erfolgen wird. Geht nachträglich der Leistungsgegenstand unter, so ist bereits der Verzögerungsschaden unabhängig von dem nun eintretenden Nichterfüllungsschaden vorhanden. Bei rückwirkender Betrachtung wäre aber nur der Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Der Verzögerungsschaden müßte entweder unberücksichtigt bleiben oder, sieht man ihn als Bestandteil des Nichterfüllungsschadens an, dem Gläubiger unabhängig von der vorangegangenen Zustellung einer "mise en demeure" zuerkannt werden; den Ersatz des Verzögerungsschadens aber unter Außerachtlassung der Regel des Art. 1146 C. civ. zuzubilligen oder zu verweigern, weil auf Grund eines nachträglichen Ereignisses die Erfüllung endgültig ausgeblieben ist, erscheint ungerechtfertigt.

Die Nachholbarkeit der Leistung muß daher bereits im Zeitpunkt der Versäumung des Leistungstermines objektiv ermittelt werden. Dieser Abgrenzungsmaßstab wird aber nur verständlich, wenn klargestellt ist, wann der Leistungsgegenstand im Rechtssinne untergegangen ist.

1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 402 f: Verzugs- und Nichterfüllungsschaden können ausnahmsweise nur dann zusammentreffen, wenn der wegen Nichterfüllung geschuldete Schadensersatz nicht rechtzeitig geleistet wird (Nr. 2323 S. 454 und Nr. 2416 S. 556 f);
Bei Zugrundelegung dieser Anschauung sind die unbilligen Ergebnisse, die Tunc (vgl. Nr. 2276 Anm. 2 S. 401) zum Anlaß nimmt, die getrennte Behandlung von "demeure" und "inexécution" durch das Gesetz als künstlich und ohne jede innere Rechtfertigung zu verwerfen, richtig; sie ergeben sich aber erst durch die Art und Weise, wie der Autor die Frage der Nachholbarkeit der Leistung beurteilt.

Gleich unserem Recht ist eine Leistung nach französischem Recht nicht erst dann unmöglich, wenn sie im naturwissenschaftlichen Sinne untergegangen ist. Eine Leistung kann schon dann nicht mehr nachgeholt werden, wenn der Schuldner selbst nicht mehr in der Lage ist, den geschuldeten Gegenstand zur Verfügung zu stellen¹⁾; dabei ist aber nicht auf seine finanziellen Mittel abzustellen. Dieser Gedanke ist auch bei der Bewertung des Unvermögens des Schuldners heranzuziehen. Reichen die Einflußmöglichkeiten des Schuldners so weit, daß die Beschaffung des Leistungsgegenstandes von ihm noch erwartet werden kann, so ist sein Unvermögen nur vorübergehend, die Leistung bleibt nachholbar²⁾.

Die lediglich vorübergehende Unmöglichkeit kann ausnahmsweise dann als "inexécution" anzusehen sein, wenn dem Gläubiger ein Festhalten am Verträge während der im Zeitpunkt des Fälligkeitstermines voraussehbaren Verzögerung nicht zugemutet werden kann; die vorübergehende Unmöglichkeit steht der dauernden gleich: die Leistung ist im Rechtssinnenicht nachholbar³⁾.

Nachholbar bleibt die Leistung stets, wenn der Schuldner sie auf Grund seiner wirtschaftlichen Lage nicht erbringen kann. Dies gilt auch dann, wenn sich die Verhältnisse nach Vertragsschluß derart geändert haben, daß die Erfüllung für den Schuldner schwieriger und kostspieliger geworden ist. Lehre und Praxis verfahren

1) Pothier, Obligations, II, Nr. 620 S. 126.

2) vgl. Com. 9.5.1949 S. 1949.1.184;
siehe aber auch: Req. 14.1.1925 S. 1925.1.364:
Unmöglichkeit.

3) vgl. Constantinesco Nr. 18 S. 42 f; Demogue VI
Nr. 226 S. 247; Planiol, Ripert et Radouant VII
Nr. 828 S. 156: die Leistung muß noch "acceptable"
sein;
Civ. 11.5.1925 Rev. trim. 1925, 905; siehe demgegen-
über aber Req. 18.12.1929 G.P. 1930.1.334.

mit dem Schuldner überaus streng: Milderungen seiner Vertragspflicht in Anwendung etwa von Gedanken eines Fortfalls der Geschäftsgrundlage oder gar der "überobligationsmäßigen Schwierigkeit"¹⁾ werden nahezu einheitlich abgelehnt. Jede widrige Veränderung der Verhältnisse wird für den Schuldner als zumutbar angesehen²⁾.

-
- 1) vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 46 I 2 S.201.
- 2) Baudry - Lacantinerie et Barde, XII, Nr. 459 S. 490; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 839 S. 168; Ripert et Boulanger II Nr. 470 S. 183; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 853 S. 474 f; Civ. 9. 1. 1856 D.P. 1856.1.33; Req. 24. 10. 1922 S. 1924.1.8; Req. 24. 6. 1925 D.H. 1925.486; Civ. 17. 11. 1925 D.H. 1926.35; unter Berufung auf Art. 1134 C. civ., der die Parteivereinbarungen in ihrer verpflichtenden Wirkung Gesetzen gleichstelle: Civ. 15. 11. 1933 G.P. 1934.1.68; Req. 27. 12. 1937 S. 1938.1.52; Civ. (sect. com.) 18. 1. 1950 D. 1950, 227; anderer Ansicht die Anhänger der théorie de l'impr vision: Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936, S. 304 ff; anderer Ansicht auch die Verwaltungsrechtsprechung seit: Cons. d'Etat 30. 3. 1916 D.P. 1916.3.25; Die Entscheidungen Civ. 8. 7. 1936 D.H. 1936, 554 und Civ. 27. 11. 1950 G.P. 1951.1.132 beweisen jedoch, daß auch das französische Recht die clausula rebus sic stantibus anwendet und bei entscheidender Wandlung der Verhältnisse zur Vertragsanpassung schreitet. Bei diesen Urteilen kommen die Vergünstigungen dem Gläubiger zugute; es fällt schwer einzusehen, warum der Schuldner sich nicht auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen können soll, wenn er durch die Änderung der Verhältnisse belastet wird. Vgl. auch Civ. 6. 6. 1952 D. 1953 somm. 44.

II. Die Schwierigkeit, die Nachholbarkeit der Leistung bei gewissen Arten schuldrechtlicher Verpflichtungen zu beurteilen.

a) Der Zeitpunkt der Leistung - Modalität oder wesentlicher Leistungsteil (Art. 1146 in fine C.civ.)

Regelmäßig kann nach Verstreichen des Fälligkeitstermines noch nachträglich geleistet werden, wenn im übrigen die Erfüllung möglich geblieben ist. Bei der bloßen Versäumung dieses Zeitpunktes ist grundsätzlich die Leistung nachholbar. Nach dem abschließenden Halbsatz des Art. 1146 C. civ. soll die "mise en demeure" aber entbehrlich sein, wenn der geschuldete Gegenstand nur innerhalb einer bestimmten Frist geliefert werden konnte. Der Leistungszeitpunkt kann nämlich derart an Bedeutung gewinnen, daß eine spätere Lieferung keine Erfüllung mehr darstellt. Diese kann nur eintreten, wenn zur Zeit geleistet wird. Ist also das zeitliche Moment bei der Vertragsdurchführung nicht mehr nur Modalität, die bei Nichtbeachtung einer späteren Erfüllung nicht entgegensteht, sondern ist es zu einer wesentlichen Bedingung der Vertragsdurchführung überhaupt geworden, tritt als Folge des Verstreichenlassens des Erfüllungstermines die "inexécution im engeren Sinne" ein¹⁾²⁾. Wann dem

1) Weill, Rev. crit 1939, 203 (215); Capitant, De la cause des obligations Nr. 141 S. 309; Perrot, La mise en demeure, Nr. 17 f; Planiol, Ripert et Rodière VII Nr. 826 S. 153; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2275 S. 397, Nr. 2276 S. 401 f; Req. 3. 4. 1939 G.P. 1939.2.92.

2) In diesem Bereich stößt man oft auf alte Nachwirkungen der Lehre, die Art. 1146 C. civ. als Generalklausel sah. So findet sich häufig die Äußerung, im Falle des Art. 1146 in fine C. civ. sei der Schuldner automatisch in Verzug: Req. 30. 1. 1911 S. 1911. 1.336; Civ. 18. 10. 1927 D.H. 1927,510; Derrida, Nr. 23 S. 295; Esmein, Anm. zu Civ. 31. 7. 1946 J.C. P. 1947.II.3809.

vorgesehenen Leistungstermin eine derart weitgehende Wirkung zukommt, ist nach dem Willen der Parteien zu beurteilen, der oft bereits durch das Wesen des Vertrages zum Ausdruck kommt. Die bloße Vereinbarung eines genauen Erfüllungstermines genügt aber den Voraussetzungen des Art. 1146 in fine C. civ. nicht¹⁾; grundsätzlich besteht danach noch das Interesse des Gläubigers an der Leistung fort. Nur, wenn die Parteien diesem Termin die Bedeutung beigelegt haben, eine spätere Erfüllung solle nicht mehr möglich sein, ist Art. 1146 in fine C. civ. gegeben. Meist ergibt das Wesen des Vertrages den dahingehenden Willen der Parteien: Auftrag zur Rechtsmitteleinlegung²⁾, Pflicht einer Agentur zur Lieferung der neuesten Depeschen³⁾, Verpflichtung, den Angestellten zu beköstigen⁴⁾, Verpflichtung zur täglichen Milchablieferung an die Molckerei⁵⁾. Aber auch, wenn das Interesse des Gläubigers an nur rechtzeitiger Erfüllung sich nicht aus dem Wesen der Dinge ergibt, kann wirksam vereinbart worden sein, der Vertrag solle nach fruchtlosem Verstreichen des Leistungstermines als undurchführbar angesehen und nach den Regeln über die Nichterfüllung abgewickelt werden⁶⁾. Art. 1146 in fine C. civ. ist ebenfalls an-

1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2275 S. 397.

2) oder der beauftragte Anwalt bringt schuldhaft Verteidigungsmittel verspätet vor: Civ. 16. 3. 1965 S. 1965,425.

3) Req. 12. 6. 1903 D.P. 1903.1.413.

4) M.-J. Pierrard, Anm. zu Soc. 17. 12. 1943 J.C.P. 1947.II.3373.

5) Trib.civ. d'Alençon 13. 6. 1933 G.P. 1933.2.748.

6) Req. 16. 2. 1921 D.P. 1922.1.102; Civ. 18. 10. 1927 D.H. 1927,510; Civ. 3. 6. 1929 S. 1929.1.365; Diese Fälle sind nicht mit denen des "pacte commissoire" zu verwechseln; dort hat der Gläubiger bei ausbleibender Erfüllung die Wahl, ob er weiter die Leistung verlangen oder den Vertrag als nichterfüllt ansehen will. Näheres dazu später.

zuwenden, wenn zwar zunächst nach dem Verstreichen des vorgesehenen Erfüllungszeitpunktes die Leistung für den Gläubiger weiter von Interesse ist, jedoch nach Ablauf einer bestimmten weiteren Frist - des Erfüllungszeitraumes - auf Grund des geäußerten oder im Wesen des Vertrages zum Ausdruck gekommenen Parteiwillens unmöglich wird¹⁾. Trifft Art. 1146 in fine C. civ. zu, fehlt es an der Nachholbarkeit der Leistung; es ist "inexécution", nicht "demeure" gegeben²⁾.

b) Die Leistungsverzögerung im Dauerschuldverhältnis als Anwendungsfall des Art. 1146 in fine C. civ.?

Streit herrscht über die Behandlung der Leistungsverzögerung, wenn sie bei Verpflichtungen innerhalb eines Dauerschuldverhältnisses ("obligation continue") auftritt. Entfacht worden ist diese Diskussion durch die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mieter Schadensersatz verlangen kann, wenn der Vermieter nicht rechtzeitig die notwendigen Unterhaltungsarbeiten an der Mietsache durchführt. Gemäß Art. 1719 Ziffer 3 und 1720 Abs. 2 C. civ. hat der Mieter Anspruch auf den ungestörten

-
- 1) Grundlegend: Com. et fin. 18. 5. 1949 G.P. 1949.2. Table analytique - Obligation Nr. 17; Req. 30. 1. 1911 S. 1911.1.336; Req. 3. 4. 1939 G.P. 1939.2.92; Cour d'appel de Paris 7. 11. 1951 D. 1951,759 (Montherlant-Fall) mit Anmerkung von H. et L. Mazeaud in Rev. trim. 1952,228 f; Civ. 17. 5. 1954 G.P. 1954. 2.82.
- 2) Art. 1146 in fine C. civ. war zu der Zeit, als Art. 1146 C. civ. im übrigen noch als Generalklausel galt, das Mittel, ungerechte Ergebnisse zu vermeiden. Falls der Leistungsgegenstand untergegangen war, sollte er nicht mehr innerhalb der gewünschten Frist erbracht werden können; einer "mise en demeure" bedurfte es daher ausnahmsweise aus diesem Grunde nicht: Demogue, Rev. trim. 1924,359; vgl. auch die bedenkliche Formulierung bei H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 402 und der dortigen Anm. 2 bis.

Gebrauch der Mietsache. Ist sie reparaturbedürftig, so wird dieser ungestörte Gebrauch beeinträchtigt. Wäre ein Hinausschieben der Arbeiten durch den Vermieter lediglich ein "retard", könnte der Mieter Ersatz nur für die Zeit verlangen, während der sich sein Vermieter im Verzuge der Leistung befunden hat.

Ursprünglich¹⁾ wurde die Verpflichtung des Vermieters zur Unterhaltung der Mietsache isoliert betrachtet. Die Reparatur bleibt dann trotz ihrer Verzögerung möglich, die Leistung ist demnach nachholbar. Ersatz des Schadens, der durch die Verspätung der Leistung entstanden ist, wird nach den Regeln der "demeure" erst ab der Zustellung der Mahnung an den Vermieter geschuldet²⁾. Heute wird diese Auffassung noch vereinzelt in der Literatur und in Entscheidungen unterer Gerichte vertreten³⁾.

Die nunmehr herrschende Ansicht setzt die Verzögerung der Unterhaltung der Mietsache in Beziehung zu dem Anspruch des Mieters auf deren ungestörten Gebrauch. Läßt der Vermieter den Mietgegenstand nicht unverzüglich reparieren, so steht dieser dem Mieter nicht mehr in ordnungsgemäßem Zustand zur Verfügung; dessen Anspruch wird nicht vollständig erfüllt. Diese teilweise Nichterfüllung ist endgültig: dem Mieter kann nachträglich nicht

1) Die Entscheidungen Civ. 11. 1. 1892 D.P. 1892.1.257, Civ. 9. 11. 1914 D.P. 1916.1.268 und des Cour d'Appel de Colmar 3. 11. 1936 G.P. 1937.1.26 sind in diesem Zusammenhang nicht mit zu verwerten, da sie in Art. 1146 C. civ. eine Generalklausel sehen und schon aus diesem Grunde das Erfordernis der "mise en demeure" aufstellen.

2) Demogue VI Nr. 243 S. 270; Req. 25. 10. 1911 D.P. 1912.1.225.

3) Esmein, Anm. zu Civ. 31. 7. 1946 J.C.P. 1947.II. 3809; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2275 S. 398; H., L. et J. Mazeaud II Nr. 620 S. 568; Lyon 28. 6. 1951 D. 1952 somm. 54; Aix 4. 2. 1952 D. 1952 somm. 46.

mehr der ungestörte Gebrauch für die Zeit, in der er ihn entbehrt hat, gewährt werden. Das zeitliche Moment ist ein integrierter Bestandteil des Leistungsgegenstandes; die scheinbare Verzögerung erfüllt in Wahrheit den Tatbestand des Art. 1146 in fine C. civ.¹⁾. Trotz ihrer Verzögerung werden Unterhaltungsarbeiten zwar auch weiterhin geschuldet. Mit ihrer späteren Durchführung aber würde nicht etwa die ursprüngliche Forderung nachträglich erfüllt; vielmehr ist es das Wesen des Gebrauchsanspruches des Mieters, fortdauernd zu bestehen. Das vorübergehende Unterlassen der notwendigen Unterhaltung des Mietgegenstandes bedeutet Nichterfüllung dieses Rechtes des Mieters während eines gewissen Zeitraumes. Der Mieter kann Ersatz seines Schadens nach den Regeln der "inexécution" verlangen; der Tatbestand der "demeure" ist wegen der fehlenden Nachholbarkeit der Leistung nicht gegeben²⁾. Wenn die Rechtsprechung teils eine Anzeige des Mieters an den Vermieter über den Eintritt eines Schadens an der Mietsache verlangt, so handelt es sich dabei nicht um eine "mise en demeure"³⁾. Da die Sache im Besitze des Mieters ist, kann der Vermieter von der Notwendigkeit einer Reparatur oft nur durch eine solche Anzeige des Mieters erfahren; ohne Schadensanzeige würde

-
- 1) Pierrard, Anm. zu Soc. 17.12.1943 J.C.P. 1947 II 3373.
 - 2) M.-J. Pierrard, La mise en demeure et les dommages-intérêts compensatoires, J.C.P. 1945.466; Meurisse, J.C.P. 1947.premier semestre.I.Doctrine 667 Nr.31; Hubert, Anm. zu Civ. 13. 4. 1923 S. 1926.1.17; Civ. 28. 1. 1936 S. 1936.1.125; Civ. 5. 1. 1938 S. 1938.1.108; Civ. 13. 11. 1940 S. 1941.1.11; Civ. 18. 1. 1943 G.P. 1943.1.153; Soc. 10. 11. 1955 D. 1956 somm. 101.
 - 3) so aber Demogue VI Nr. 243 S. 271; Esmein, Anm. zu Civ. 31. 7. 1946 J.C.P. 1947.II.3809; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2275 S. 398.

sonst sein Verschulden an der drohenden Nichterfüllung fehlen¹⁾. Im Gegensatz zur "mise en demeure" kann diese Anzeige formlos erfolgen; sie ist entbehrlich, wenn der Vermieter von den Schäden weiß oder sie bei Ausübung der ihm obliegenden Überwachungspflicht hätte erkennen können²⁾. Grund des Ersatzanspruches des Mieters ist die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Vermieters³⁾⁴⁾.

Auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen kann Art.1146 in fine C. civ. anzuwenden sein. Stets, wenn eine Dauer-
verpflichtung derart gestaltet ist, daß ihre Erfüllung nur bei Einhaltung des vorgesehenen Leistungstermines denkbar ist, liegt in dessen Versäumung eine Nichterfüllung. Statt bloß als eine Modalität erscheint dieser Zeitpunkt dann als wesentliche Bedingung der Erfüllbarkeit der Verpflichtung.

-
- 1) Hubert, Anm. zu Civ. 13. 4. 1923 S. 1926.1.17; M.-J. Pierrard, J.C.P. 1945.466;
Civ. 5. 1. 1938 S. 1938.1.108;
vgl. § 545 BGB.
 - 2) Civ. 18. 1. 1943 G.P. 1943.1.153.
 - 3) so auch die herrschende Ansicht der deutschen Rechtslehre, Staudinger-Werner Vorb.43 vor § 275; BGH-Urteil vom 11.7.1953 Amtl.Sammlung 10,187 (189); zu Unrecht einschränkend Nastelski, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, Jus 1962, 289 (294).
 - 4) Der Vermittlungsversuch Derrida's (in: Dommages-intérêts, Dalloz, Encyclopédie juridique, II, Nr. 25 S. 296) kann nicht gebilligt werden. Derrida will die Verzögerung der Unterhaltungsarbeiten nach Nichterfüllungs- oder nach Verzugsregeln abhängig davon beurteilen, ob der eingetretene Schaden Folge der unzulänglichen Gewährung des Gebrauchs der Mietsache oder bloß Folge der Verzögerung der Arbeiten ist. Diese Ansicht ist aber eine Außenseitermeinung geblieben. Selbst wenn der Mieter sich auf die zu erwartenden Arbeiten einstellt, indem er etwa für die sonst in seiner Wohnung stattfindenden Besprechungen anderweitig Räume mietet - gemäß Art. 1724 C. civ. muß der Mieter die bei Unterhaltung der Sache notwendig werdenden Reparaturen ohne Entschädigung dulden -, kann er im Falle ihrer Verzögerung seine Einbuße als Nichterfüllungsschaden ersetzt verlangen.
Im Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Unterteilung Derrida's zum Teil durchgeführt. Vgl. § 538 BGB auf der einen und die §§ 537,542 BGB auf der anderen Seite.

Eine derart gesteigerte Bedeutung hat das Zeitelement in den "obligations continues" wie den Versorgungsverträgen (Gas, Wasser, Elektrizität u.ä.)¹⁾ und den Arbeitsverträgen²⁾. Bleibt das Wasser aus, mindert sich der Gasdruck, entfernt sich der Arbeiter zu Unrecht von seinem Arbeitsplatz, steht das zeitweilige Ausbleiben der vertraglichen Leistung unwiderruflich und unnachholbar fest.

Diese Fälle werfen aber die Frage nach der Grenze auf, innerhalb derer dem Zeitelement bei der Leistung diese gesteigerte Bedeutung zukommt. Schließlich erhält auch der Gläubiger einer Geldsumme die verspätete Leistung nicht mehr zu dem vorgesehenen Zeitpunkt; er wird daher während dieser Zeit um die Nutzung des Geldes gebracht. Der Eigentümer einer Sache ist an der ihm zustehenden Nutzung gehindert, wenn der Entleiher sie ihm verspätet zurückgibt. Im Gegensatz zu den Fällen der Leistungsverzögerung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses sind bei diesen Beispielen aber die Regeln der "demeure" anzuwenden. Das Argument, im Mietvertrag etwa stehe dem Mieter die Nutzung der Mietsache zu, diese sei im Falle der Verzögerung notwendiger Unterhaltungsarbeiten für diesen Zeitraum nicht mehr gewährleistet, kann daher allein nicht ausschlaggebend sein. Dieses Nutzungsrecht an dem geschuldeten Leistungsgegenstand kommt jedem Gläubiger zu; die vorübergehende Vereitelung der Nutzung durch die Verzögerung der Erfüllung soll der Anspruch auf den Ersatz des Verspätungsschadens, den das Verzugsrecht gibt, gerade ausgleichen. Man könnte geneigt sein,

-
- 1) Paris 7. 1. 1924 G.P. 1924.1.477; anders Civ. 9. 11. 1914 D.P. 1916.1.268.
 - 2) Soc. 26. 6. 1959 D. 1959,529; vgl. auch Demogue VI Nr. 231 S. 251 Anm.5.

den inneren Grund der unterschiedlichen Behandlung dieser Fallgruppen zu leugnen, dies aber zu Unrecht. Schuldet jemand etwas, so beschränkt sich diese Leistungspflicht auf die Erfüllung. Dem Gläubiger steht zwar das Nutzungsrecht an seinem Vermögen und damit an dem ihm geschuldeten Gegenstand zu; dieses ergibt sich jedoch aus der Zuordnung der Rechtsobjekte, ist aber nicht Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners. In gewissen "obligations continues" dagegen gibt es Verpflichtungen, deren wesentlicher Inhalt die Gewährung der Nutzung zu einem bestimmten Zeitpunkt ist. Die Nutzungsbestimmung ist wesentlicher Vertragspunkt. Hier führt der Vergleich zwischen geschuldeter und erbrachter Leistung dazu, daß die geschuldete Leistung während eines gewissen Zeitraumes nicht erbracht worden ist. Die entgangene Nutzung, die den eigentlichen Schuldinhalt bildete, ist für den Gläubiger unwiderruflich verloren. Das Verhalten des Schuldners erfüllt den Tatbestand der "inexécution".

c) Die Beurteilung der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht.

Eigenart der "obligations de ne pas faire" ist es, daß gegen sie nur durch Zuwiderhandeln verstoßen werden kann. Da bei dem Tatbestand der Verzögerung der Verstoß stets im Nichttätigwerden liegt, kann er nach französischer Auffassung bei den Pflichten, deren Inhalt das Nichthandeln ist, nicht auftreten. Das Handeln entgegen der Pflicht zu unterlassen macht die Erfüllung der übernommenen Schuld zumindest teilweise unmöglich¹⁾. Ob im Einzelfall eine "inexécution totale ou partielle" vorliegt, hängt davon ab, ob mit der einmaligen Zuwiderhandlung der vertragliche Zweck der Unterlassung endgültig

1) Demogue VI Nr. 231 S. 251 f; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2274 S. 396;
Req. 17. 2. 1920 G.P. 1920.1.444.

vereitelt ist oder nicht; im letzteren Falle handelt es sich um eine fortdauernde Pflicht zur Unterlassung. Gemäß Art. 1145 C. civ. wird daher bei Verstoß gegen die "obligations de ne pas faire" Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschuldet; einer "mise en demeure" bedarf es nicht¹⁾.

- d) Die Leistungsverzögerung im Bereich der "obligations de faire" (Art. 1144 C. civ.). Die Bedeutung der Leistungsbereitschaft des Schuldners bei der Feststellung der Nachholbarkeit der Leistung.

Die Fassung des Art. 1144 C. civ. könnte Zweifel aufwerfen, ob bei der Verzögerung einer "obligation de faire" eine "inexécution" oder ein "retard" gegeben ist.

-
- 1) Die herrschende Meinung im deutschen Recht steht auf dem gleichen Standpunkt (vgl. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im deutschen bürgerlichen Recht, AcP 92, 1 (68 f); Staudinger-Werner, Vorbemerkung 44 vor § 275, Anm. 47 zu § 284; nicht ganz vorbehaltlos Palandt-Danckelmann § 284 Anm.1; anderer Ansicht Paech, Der Leistungsverzug, S.21).

Nastelski (Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, Jus 1962, 289 (294 f)) hat zwar überzeugend dargestellt, daß bei gewissen Unterlassungspflichten trotz der Zuwiderhandlung des Schuldners die Erfüllung der Verbindlichkeit nachholbar sein kann; dieser Umstand rechtfertigt nach Ansicht Werner's (Staudinger, § 284 Anm.47..) aber deshalb nicht die Behandlung dieser Fälle nach Verzugsregeln, weil bereits der einmalige Verstoß endgültig einen Schaden ausgelöst haben kann, dessen Ersatz nicht von einem vorherigen Verzugseintritt abhängig gemacht werden darf.

Ist vom Wortsinn her jede Schuld, die nicht in einem Unterlassen besteht, letztlich Verpflichtung, etwas zu tun¹⁾, so bezieht sich Art. 1144 C. civ. nur auf eine Gruppe der so verstandenen "obligations de faire": ist ohne Mitwirkung des Schuldners die Forderung des Gläubigers vollstreckbar, bedarf es des Art. 1144 C. civ. nicht²⁾. Die Bestimmung entspricht etwa dem § 887 ZPO³⁾. Bei einer Verpflichtung dieses Inhalts ist der Schuldner, von dessen Willen die Erfüllung abhängig ist, in der Lage, die Befriedigung des Gläubigers letztlich zu vereiteln. Mit der Erklärung des Schuldners, er werde nicht erfüllen, könnte daher ihre Erfüllung unmöglich werden. Das gleiche Problem taucht auf, wenn dem Willen des Schuldners wie bei den unvertretbaren Handlungen eine noch verstärkte Bedeutung zukommt: Bei diesen "obligations de faire" könnte durch die Erfüllungsverweigerung des Schuldners bereits die Nichterfüllung eingetreten sein.

Die Rechtsprechung hat in einem Fall einer unvertretbaren Handlung in diesem Sinne entschieden: Ein Maler hatte ein Porträt des Bestellers angefertigt. Da er selbst es nicht billigte, verweigerte er die Herausgabe. Die Klage des Bestellers auf Erfüllung wies das Gericht ab, weil es letztlich dem Künstler überlassen bleiben müsse, ob er ein Bild als seinem Werk zugehörig anerkennen wolle. Das Gericht hat den Gläubiger auf den Weg

-
- 1) vgl. zum Begriff der "obligations de faire" Carbonnier II Nr. 226 S. 797 f.
 - 2) siehe H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2311 S. 443, die in diesen Fällen von einer "impossibilité relative" im Gegensatz zur "impossibilité absolue" sprechen (insbesondere S. 442).
 - 3) Zu dem grundlegenden Unterschied zwischen Art. 1144 C. civ. und § 887 ZPO siehe unten S. 118.

verwiesen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren¹⁾. Die Lehre stimmt zum Teil mit der Entscheidung überein, indem sie bei diesen "obligations de faire de caractère personnel"²⁾ nach der Leistungsverweigerung durch den Schuldner die Erfüllung als materiell unmöglich ansieht³⁾. Wenn man diese Ansicht billigt, ist Abgrenzungskriterium zwischen "inexécution" und "demeure" nicht nur die objektive Möglichkeit der Leistung, sondern bei gewissen Verbindlichkeiten auch der Erfüllungswille des Schuldners bei ihm möglicher Leistung: Nemo potest cogi ad factum! Ebenso wenig kann die persönliche Leistung des Schuldners erzwungen werden, wenn dieser bei einer vertretbaren "obligation de faire" nicht erfüllungsgewillt ist.

Diese Bedeutung des schuldnerischen Erfüllungswillens im Bereich der "obligations de faire" darf aber nicht so betont werden, daß es der Schuldner rechtlich in der Hand hat zu erfüllen oder die Leistung zu verweigern. Der Schuldner hat kein Wahlrecht; er bleibt trotz seines entgegenstehenden Willens zur Leistung verpflichtet⁴⁾. Gerade die Druckmittel, die dem Gläubiger mit

1) Civ. 14. 3. 1900 D.P. 1900.1.497 und die bestätigte vorinstanzliche Entscheidung des Cour d'Appel de Paris 2. 12. 1897 D.P. 1898.2.465 mit ablehnender Anmerkung von Planiol.

2) Carbonnier II Nr. 226 S. 796.

3) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 780 S. 89; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2311 S. 442.

4) Planiol in der Anmerkung zu Paris 2. 12. 1897 D.P. 1898.2.465; Ripert et Boulanger II Nr. 1609 S. 587; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 776 S. 87; vgl. auch Req. 17. 6. 1938 G.P. 1938.2.378: Klage auf Vertragsschluß auf Grund einer entsprechenden eingegangenen vorvertraglichen Verpflichtung.

der Vorschrift des Art. 1144 C. civ. und durch das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der "astreinte" zur Verfügung stehen, beweisen, daß die Nachholbarkeit der Leistung objektiv ohne Berücksichtigung der subjektiven Einstellung des Schuldners zu seiner Leistungspflicht festzustellen ist. Die Leistung ist nachholbar, wenn sie einem erfüllungsgewillten Schuldner möglich wäre¹⁾. Ob der Schuldner dies wirklich ist, darf nicht entscheidend sein.

D. Kommt der "mise en demeure" über den umschriebenen Anwendungsbereich hinaus Geltung zu?

Die "demeure" regelt im Gegensatz zur "inexécution" den Erfüllungsmangel der bloßen Leistungsverzögerung. Diese Abgrenzung scheint widerlegt, wenn außerhalb dieses Anwendungsbereiches plötzlich von der Zweckmäßigkeit einer "mise en demeure" gesprochen wird.

Ist ein Rechtsverhältnis in der Schwebe und hängt seine Entwicklung von dem Willen eines der Beteiligten ab, so erkennt man anderen Beteiligten das Recht zu, jenen im Wege einer "mise en demeure" aufzufordern, seinen Willen zu äußern. Eine Rechtsbeziehung zwischen dem Absender der "mise en demeure" und deren Empfänger fehlt oft; es fehlt bereits an einer Forderung²⁾.

1) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 828 S. 156.

2) vgl. H., L. et J. Mazeaud II Nr. 311 S. 253: Bei relativer Unwirksamkeit eines Vertrages nach Art. 1301 C. civ. sollen außenstehende Dritte mittels einer "mise en demeure" die Erklärung des Gläubigers darüber erreichen können, ob er an dem Vertrag festzuhalten gedenkt; gemäß Art. 1304 C. civ. könnte sich dieser sonst während eines Zeitraums von zehn Jahren ab Vertragsschluß auf dessen Nichtigkeit berufen!

Ein Beispiel bei Ripert et Boulanger II Nr. 624 S. 235: Ein Vertrag ist mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen worden. Der Vertretene kann von dem Vertragsgegner durch eine "mise en demeure" aufgefordert werden, sich darüber zu äußern, ob er die von dem falsus procurator getroffene Vereinbarung genehmigen will;

vgl. weiter Civ. 10. 6. 1941 D.A. 1941, 274.

In einem anderen Bereich begegnet man ebenfalls der "mise en demeure", ohne daß von der Verzögerung einer Leistung in dem oben entwickelten Sinne gesprochen werden könnte. In Fällen lediglich teilweiser Nichterfüllung taucht die "mise en demeure" als Mittel des Gläubigers auf, sein Interesse an dem verbleibenden Leistungsrest zu bekunden. Verzögert der Vermieter notwendige Reparaturen an der Mietsache, hat jemand einmal seiner Pflicht zuwidergehandelt, in dem Verkaufsbezirk eines anderen aufzutreten, so wünscht der Gläubiger regelmässig die Erfüllung des noch möglichen Teiles der Leistung: er will den gemieteten Gegenstand zumindest zu einem späteren Zeitpunkt in ordnungsgemäßem Zustand zur Verfügung haben, er möchte wenigstens in Zukunft das vereinbarte Alleinverkaufsrecht in seinem Bezirk beachtet sehen. Dieses Interesse an dem restlichen Teil der Leistung soll der Gläubiger durch die Zustellung einer "mise en demeure" an seinen Schuldner bekunden können¹⁾. Bei Fehlen dieser "mise en demeure" entfällt unter Umständen im Falle des Ausbleibens auch dieses Leistungsteiles der Anspruch auf Schadensersatz²⁾.

Die Entscheidung der chambre sociale de la Cour de Cassation vom 17. 12. 1943²⁾ beleuchtet die veränderte Bedeutung der "mise en demeure". Das Gericht hatte den

1) a) Esmein in einer Anmerkung zu Civ. 31. 7. 1946 J.C.P. 1947 II 3809; David, Rev.crit. 1939, 95 (103);

b) vgl. auch das Gesetz vom 30.9.1953 in der Fassung des Gesetzes vom 30.7.1960: Die Auflösung des Mietvertrages kann geltend gemacht werden, wenn der Tatbestand der Nichterfüllung einen Monat nach der Zustellung einer "mise en demeure" noch andauert oder sich wiederholt; vgl. dazu Com. 19. 10. 1964 S. 1965. 1.137;

c) vgl. die in § 553 BGB vorgesehene Abmahnung.

2) Soc. 17. 12. 1943 J.C.P. 1947 II 3373.

folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Wirt Viala hatte seinen Ober Reig gemäß den getroffenen Vereinbarungen zu beköstigen. Dieser hat jedoch annähernd zwei Jahre lang die geschuldeten Mahlzeiten nicht erhalten. Den Ersatzanspruch wegen der ausgebliebenen Beköstigung hat das Gericht wegen des Fehlens jeder "mise en demeure" abgewiesen. - Dabei hat die Entscheidung zumindest offengelassen, ob auf diesen Sachverhalt nicht der Art. 1146 in fine C. civ. anzuwenden ist:

"... le Tribunal, sans s'arrêter à cette considération que la prestation de nourriture ne pouvait être fournie que dans un certain délai, qui avait été dépassé, s'est fondé ..."1).

Bei der Prüfung des Vertretenmüssens des Erfüllungsman- gels tritt der wahre Sinn zu Tage, den das Gericht in diesem Falle der "mise en demeure" beilegt:

-
- 1) Den Tatbestand des Art. 1146 in fine bejaht M.-J. Pierrard in ihrer Besprechung dieses Urteils in J.C.P. 1947 II 3373. Sie wirft dem Urteil aber zu Unrecht vor, es habe verkannt, daß der Tatbestand der Nichterfüllung gegeben ist. Die Entscheidung sieht diese Frage als nebensächlich an, da sie in jedem Falle eine "mise en demeure" für erforderlich hält. Der Entscheidung liegt offenbar auch nicht etwa die überholte Auffassung von dem Generalklausel- charakter des Art. 1146 C. civ. zugrunde; denn auch dann bedürfte es nach Art. 1146 in fine C. civ. kei- ner "mise en demeure". Das Urteil verlangt aber selbst für diesen Fall die Leistungsaufforderung des Schuldners durch den Gläubiger.

Fehl geht auch die Deutung des Urteils durch H. et L. Mazeaud (in Rev. trim. 1944, 116). Das Urteil sieht die Leistung nicht im Falle der Leistungsver- zögerung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses als nachholbar an.

"... une mise en demeure d'avoir à s'exécuter adressée à Viala restait indispensable pour permettre à Reig de justifier ... que son employeur s'était volontairement abstenu de s'acquitter de l'obligation dont il avait la charge."

Das Fehlen der "mise en demeure" führt dazu, daß die Nichterfüllung von dem Schuldner nicht zu vertreten ist.

Die "mise en demeure" nimmt in all diesen Fällen eine Stellung ein, die im deutschen Recht bestimmte Mitteilungspflichten haben. Bei der ersten Fallgruppe entspricht die "mise en demeure" etwa den Erklärungen, wie sie das deutsche Recht in den §§ 108 I, 177 II, 1366 III BGB kennt. - Für den zitierten Fall der chambre sociale dürfte die Beziehung zu der Mitteilungspflicht des Gläubigers nach § 254 II BGB nicht zu übersehen sein. Hat dieser kein Interesse an der täglich zu erbringenden Leistung gezeigt und damit den Eindruck des Verzichtes erweckt, kann er nicht nach zwei Jahren Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; er hat die Nichterfüllung in einem solch überwiegenden Maße mitverschuldet, daß die Ersatzpflicht des anderen Teiles entfallen muß. Da das französische Recht keine dem deutschen Recht entsprechenden Vorschriften über Mitteilungspflichten und über Erklärungen kennt, die eine Ausschußfrist in Lauf setzen, hat man die "mise en demeure" zu Hilfe genommen. Das bedeutet nicht, daß der Anwendungsbereich der "demeure" des französischen Rechts über die vorgenommene Abgrenzung hinausginge. "Mettre en demeure" hat nach allgemeinem französischem Sprachgebrauch eine gegenüber seinem rechtstechnischen Sinn weitere Bedeutung. Es wird schlicht im Sinne von "auffordern" verwendet. In dieser Bedeutung haben Rechtsprechung und Lehre den Begriff in den erwähnten Fallgruppen verstanden. Eine "mise en demeure" im rechtstechnischen Sinne wäre sinnlos, da die Verzugsfolgen ins Leere stoßen würden.

Zweites Kapitel: Darstellung der "demeure du débiteur"
an Hand der verschiedenen Arten schuld-
rechtlicher Verpflichtungen.

Die Geltung der "demeure" ist nur für das Vertragsrecht unbestritten. Bei Ansprüchen außervertraglichen Ursprunges wird sie teils geleugnet, teils nur in geänderter Form bejaht. Die Verzögerung der Erfüllung von Schadensersatzansprüchen, liege ihr Grund nun in einer Verletzung vertraglicher oder außervertraglicher Pflichten, unterliegt wiederum unterschiedlichen Regeln. Diese unklaren Vorstellungen der französischen Lehre über den Anwendungsbereich der "demeure" beruhen auf der Systematik des Code civil: die Artikel 1139, 1146 und 1153 C. civ., die sich mit der "demeure" befassen, stehen im Abschnitt des Gesetzes über die Verträge. - Das Institut der "demeure" wird daher zunächst an Hand der Verzögerung von vertraglichen Ansprüchen dargestellt werden. Inwieweit die so ermittelten Grundsätze auf die Verzögerung der Erfüllung außervertraglicher Pflichten oder zu leistenden Schadensersatzes übertragen werden können, wird anschließend erörtert werden.

A. Der Schuldnerverzug bei Ansprüchen aus Vertrag

I. Die Voraussetzungen des Eintrittes des Schuldnerverzuges

a) Die Verzögerung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit

Natürliche Voraussetzung des Eintrittes des Schuldnerverzuges ist das Bestehen einer Forderung¹⁾; ohne schuldrechtliche Verpflichtung ist eine Verzögerung der Leistung nicht denkbar²⁾.

1) Demogue VI Nr. 231 S. 250 f.

2) Daher ist kein Verzugsseintritt mehr möglich, wenn der Gläubiger auf die Forderung verzichtet hat:
vgl. Civ. 12. 1. 1959 Bull. civ. 1959 I 17.

Die Forderung muß gewissen Anforderungen genügen, ehe der Schuldner mit ihr in Verzug kommen kann. Sie muß zunächst einmal fällig sein¹⁾. Gemäß Art. 1186 C.civ. wird auch im französischen Recht die Forderung sofort fällig, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Diese Regel gilt auch für die auflösend bedingte Schuld. Bei einem aufschiebend bedingten Anspruch bedarf es des Eintrittes der Bedingung, damit er fällig wird. Fällig wird die Forderung zu dem vereinbarten Termin auch dann, wenn dem Schuldner ein "délai de grâce" gemäß Art. 1244 C.civ. zuerkannt worden ist²⁾.

Neben Entstehen und Fälligkeit der Schuld wird ihre nähere Bestimmtheit oder doch zumindest Bestimmbarkeit verlangt. Nach der Formel der Rechtsprechung muß die Forderung des Gläubigers "certaine", nicht aber "liquide" sein.³⁾ Unter dem Erfordernis der Gewißheit versteht man neben der Tatsache des Bestandes der Verpflichtung überhaupt ihre genauere Bestimmbarkeit in dem Sinne, daß sie ihrem Rechtsgrund und dem ihr zugrundeliegenden Sachverhalt nach bezeichnet werden kann⁴⁾. Dagegen braucht ihre

1) Fuzier - Herman Art. 1139 Nr. 4; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 771 S. 82; Civ. 16. 6. 1903 S. 1905.1.260; Civ. 2. 12. 1929 G.P. 1930.1.45; Civ. 27. 7. 1933 S. 1933.1.343; An der Fälligkeit der Forderung soll es fehlen, wenn der Schuldner sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages berufen kann: Civ. 10. 3. 1958 Bull. civ. 1958 I 104.

2) unstreitig: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1021 S. 363; Detry, L'échéance (délais de grâce et moratoires, S. 20; Lorans, Le délai de grâce et l'aménagement des dettes, S. 49.

3) Civ. 16. 6. 1903 aaO; Civ. 2. 12. 1929 aaO; Civ. 7. 2. 1933 S. 1933.1.148.

4) vgl. dazu Com. 12. 10. 1964 J.C.P. 1964 IV 145.

genaue Höhe nicht festzustehen¹⁾. Kann der Schuldner die Forderung bestimmen, weil ihm allein die Berechnungsunterlagen zugänglich sind, oder ist für ihn ihr Mindestbetrag schätzbar, so kann er in Verzug geraten, obwohl ihm sein genauer Schuldbetrag nicht bekannt ist.

Verzögert der Schuldner objektiv die Erfüllung der fälligen und dem Grunde nach bestimmten Forderung, ist er in "retard". Begrifflich ist "retard" also der objektive Tatbestand der Leistungsverzögerung. Damit der "retard" des Schuldners seine Haftung nach den Grundsätzen der "demeure" auslöst²⁾, bedarf es der im folgenden entwickelten weiteren Verzugsvoraussetzungen.

Ein "retard" liegt nur vor, wenn der Schuldner seine Leistung rechtswidrig verzögert hat³⁾. Ausgeschlossen ist die Rechtswidrigkeit, wenn der Schuldner berechtigt ist, die Erfüllung zu verweigern⁴⁾. Dabei scheint man nicht wie teilweise im deutschen Recht⁵⁾ danach zu unterscheiden, ob das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners von Amts wegen zu beachten ist oder erst von diesem

1) so insbesondere Civ. 16. 6. 1903 aaO.

2) Zu den Begriffen "retard" und "demeure": Paget, *Essai sur la mise en demeure et ses effets*, Nr. 39 S. 36; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 771 S. 81.

3) Lalou Nr. 246 S. 192: "un fait illicite"; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 775 S. 86: "refus légitime d'exécution"; Demogue VI Nr. 231 S. 251: "un retard injustifié"; vgl. auch Req. 12. 11. 1855 S. 1856.1.737.

4) so für die Einrede des nichterfüllten Vertrages Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 775 S. 86; teilweise verneint man in diesem Falle bereits die Fälligkeit der Forderung: siehe oben S. 33 Anm. 1.

5) vgl. Larenz I § 22 S. 267 ff; anderer Ansicht Fikentscher § 45 II 4 S. 202.

geltend gemacht werden muß. Nach Verjährung der Forderung, während des Bestehens eines Zurückbehaltungsrechtes kann der Schuldner offenbar nicht in Verzug geraten ohne Rücksicht darauf, ob er sich dem Gläubiger gegenüber auf einen dieser Tatbestände berufen hat.

Ein Leistungsverweigerungsrecht, das die Rechtswidrigkeit der Verzögerung ausschließen würde, kann der Schuldner aber niemals aus einer nicht vorauszusehenden Änderung der Verhältnisse ableiten; die *clausula rebus sic stantibus* gilt zu seinen Gunsten nicht¹⁾.

b) Die Leistungsaufforderung

1. Anwendungsbereich und Rechtsnatur der "mise en demeure".

Abweichend von den Fällen der *inexécution* tritt gemäß Art. 1139, 1146 C. civ. eine Haftung des Schuldners wegen der Verzögerung der Erfüllung erst ein, wenn er in Verzug gesetzt worden ist. Wenn Art. 1139 C. civ. auch in den Abschnitt des Code civil über die "*obligations de donner*" eingefügt ist, gilt diese Bestimmung doch allgemein zumindest für alle Ansprüche vertraglichen Ursprungs²⁾. Nur der zur Leistung ermahnte Schuldner haftet für die Folgen seiner verspäteten Erfüllung³⁾: im geltenden französischen Vertragsrecht ist der Grundsatz

1) vgl. oben S. 16.

2) Aubry et Rau IV § 308 S. 138 Anm. 5; Perrot, *La mise en demeure*, Nr. 26; David, *Rev. crit.* 1939, 95 (133).

3) Bei solidarischer Haftung mehrerer Personen wirkt die "*mise en demeure*" eines Schuldners in den Grenzen der Art. 1205, 1207 C. civ. auch gegenüber den übrigen Gesamtschuldnern.

"dies non interpellat pro homine" verankert¹⁾. Selbst bei fest vereinbartem Leistungstermin führt dessen Versäumung nicht zum Eintritt der "demeure". Im älteren französischen Recht galt noch der gegenteilige Grundsatz des "dies interpellat pro homine"²⁾. Aber schon bei den Wegbereitern des Code civil, Domat und Pothier, findet sich die heute geltende gesetzliche Regelung³⁾.

Die Mahnung nach Art. 1139 C. civ. ist die dringende Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zu erfüllen. Ihrer Rechtsnatur nach ist diese Leistungsaufforderung ein "acte juridique unilatéral"⁴⁾; dieser "acte" wird erst wirksam mit der Zustellung an den Schuldner⁵⁾. Mahnender und Mahnungsempfänger müssen daher grundsätzlich geschäftsfähig sein⁶⁾; allerdings kann der mahnende Gläubiger auch ein "mineur émancipé" sein, da seine Willensäußerung der Erhaltung seines Vermögens dient⁷⁾.

-
- 1) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 838 S. 467.
 - 2) vgl. die Darstellung der Entwicklung dieser Grundsätze bei R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, Nr. 28 S. 25 f; siehe auch Brissaud, S. 515.
 - 3) Pothier, Obligations, Nr. 144 S. 124 f; J. Domat, Livre III (Bd. 2) Titre V Section I S. 119.
 - 4) Carbonnier II Nr. 160 S. 534; Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, Nr. 623 S. 675.
 - 5) Req. 1. 5. 1929 S. 1929.1.264; Com. 9. 5. 1949 S. 1949.1.184; David, Rev. crit. 1939, 95 (133).
 - 6) H., L. et J. Mazeaud I Nr. 268 S. 292 f; Demogue VI Nr. 228 S. 248
 - 7) Demogue VI Nr. 237 S. 264.

2. Die "sommation" nach Art. 1139 C. civ..

Die Anforderungen an ihre Form und ihren Inhalt.

Die Aufforderung an den Schuldner, die fällige Leistung zu erbringen, geschieht gemäß Art. 1139 C. civ. in der Form einer "sommation". Die "sommation" ist das formelle Erfüllungsbegehren, das der Gläubiger dem Schuldner durch den "huissier", den Gerichtsvollzieher, zustellen läßt, falls die rechtzeitige Erfüllung seines Anspruches ausbleibt¹⁾. Diese strenge Form der Mahnung war bereits vor der Schaffung des Code civil geltendes Recht²⁾; Pothier wollte sogar die Mahnung nur in der Form einer "interpellation judiciaire" zulassen³⁾. Die spätere Auslegung des Wortes "sommation" hat sich kaum gemildert. Es ist lediglich zugestanden worden, daß auch eine Zustellung durch einen "notaire" oder "avoué" der Form der sommation genügt⁴⁾. Die Übermittlung durch eine Amtsperson verleiht dem Erfüllungsverlangen des Gläubigers ein besonderes Gewicht; dem Schuldner wird das Interesse des Gläubigers an der Leistung schon durch die feierliche äußere Form der Mahnung unmißverständlich deutlich gemacht; außerhalb der notwendigen Bezeichnung des Inhaltes und Grundes der Schuld⁵⁾ braucht die Dringlichkeit des Erfüllungsbegehrens nicht besonders hervorgehoben zu werden⁶⁾.

1) statt aller: Ripert et Boulanger II Nr. 1489 S. 551.

2) vgl. Guyot, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Bd. 16, Paris 1785, S. 347.

3) Pothier, Obligations I Nr. 144 S. 124.

4) Rodière in D.P. 1835.1.335; Paget, Nr. 99 S. 73; Soc. 23. 11. 1956 D. 1957 somm. 98.

5) Com. 12. 10. 1964 J.C.P. 1964 IV 145.

6) so Demogue VI Nr. 235 S. 261 f;
Zu Unrecht wird daher vereinzelt gefordert, daß auch in dem Inhalt der sommation die besondere Dringlichkeit der Leistungsaufforderung zum Ausdruck gebracht werden müsse: Perrot, La mise en demeure, Nr. 31; David, Rev. crit. 1939, 95 (133).

Hat der Gläubiger seinen Anspruch nicht so bezeichnet, daß der Schuldner erkennen kann, welche Leistung von ihm begehrt wird, ist die Mahnung unwirksam und bleibt rechtlich ohne Folgen. Das gleiche gilt, wenn die "sommation" von dem Schuldner etwas Unmögliches verlangt¹⁾.

Aber nicht jeder Inhaltsmangel führt zur Unwirksamkeit der "mise en demeure". Die Anmahnung eines überhöhten Betrages ist insoweit gültig, als die Schuld tatsächlich besteht²⁾. Die Anforderung eines Teiles einer Forderung durch den Gläubiger ist sogar als "mise en demeure" bezüglich der gesamten geschuldeten Summe behandelt worden³⁾.

3. Zur Auslegung des Begriffes "acte équivalent" in Art. 1139 C. civ.

aa) Art. 1139 C. civ. läßt aber weiter die Leistungsaufforderung durch ein der "sommation" gleichwertiges Vorgehen zu. Was "acte équivalent" im Sinne dieser Bestimmung ist, muß demnach stets durch Vergleich mit dem Begriff "sommation" ermittelt werden. Er wird daher übereinstimmend dann angenommen, wenn das Erfüllungsbegehren des Gläubigers in der äußeren Form ein zumindest gleiches Gewicht wie die "sommation" hat⁴⁾. "Actes

1) Com. 2. 6. 1958 Bull. civ. 1958 III 183.

2) Amiens 9. 11. 1948 G.P. 1948.2.250; zu schließen auch aus Req. 12. 11. 1934 G.P. 1934.2.894.

3) Civ. 3. 6. 1930 G.P. 1930.2.16: der Gläubiger einer Anleihe hat die Zahlung der Zinskoupons angemahnt. Als er neben den Zinsen auch die fälligen Rückzahlungsbeträge einklagt, sieht das Gericht den Schuldner als mit der gesamten eingeklagten Summe seit der auf die Zinsen sich beziehenden "mise en demeure" im Verzuge befindlich an.

4) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 772 S. 82; Demogue VI Nr. 235 S. 256.

équivalents" in diesem Sinne sind: ein "commandement"¹⁾, die "saisie"²⁾, die verschiedenen Formen der Einleitung der Leistungsklage wie die "citation en justice"³⁾, "citation en conciliation"⁴⁾ und "citation en référé"⁵⁾. Da bei Mängeln der Klageerhebung, soweit diese nicht in der Zustellung liegen, dem Schuldner der Wille des Gläubigers, Erfüllung zu erlangen, ebenfalls eindringlich vor Augen geführt wird, ist auch dann ein der "sommation" gleichwertiger Akt anzunehmen⁶⁾; das gilt auch, wenn die Klage später zurückgenommen wird⁷⁾. - Ist Gläubiger des Anspruches die öffentliche Hand, so reicht die formelle Zahlungsaufforderung der zuständigen Behörde aus; sie ist der "sommation" gleichwertig⁸⁾.

-
- 1) Civ. 2. 7. 1883 D.P. 1884.1.302; Civ. 15. 12. 1948 D. 1949, 105.
 - 2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 839 S. 467.
 - 3) Req. 4. 7. 1928 G.P. 1928.2.506; Civ. 7. 2. 1933 D.H. 1933, 194;
das gilt auch dann, wenn Klage auf Vertragsauflösung erhoben wird: Civ. 2. 7. 1883 D.P. 1884.1.302; Civ. 25. 7. 1945 D. 1946 somm. 1; Soc. 23. 11. 1956 D. 1957 somm. 98;
anders aber, wenn Klage auf Feststellung der Aufgelöstheit des Vertrages erhoben wird: Civ. 15. 12. 1948 D. 1949, 105; Civ. 30. 11. 1953 J.C.P. 1954 IV 6.
 - 4) Civ. 6. 7. 1908 S. 1909.1.350; Req. 4. 7. 1928 G.P. 1928.2.506.
 - 5) Req. 25. 5. 1892 S. 1894.1.259.
 - 6) so für die Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht: Cons. d'Etat 10. 1. 1913 S. 1918-19.3.28; Civ. 9. 5. 1928 S. 1928.1.243; Civ. 27. 6. 1938 G.P. 1938.2.412; a.A. für den Fall einer unzulässig erhobenen Klage: Civ. 14. 3. 1876 D.P. 1876.1.270.
 - 7) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 772 S. 82 f.
 - 8) Civ. 25. 4. 1893 D.P. 1893.1.350; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 839 S. 467; ebenso, allerdings mit der abweichenden Begründung, der Staat sei nicht an die Form des Art. 1139 gebunden: Civ. 29. 5. 1933 D.H. 1933, 412; Req. 27. 7. 1936 D.H. 1936, 475.

bb) Stets einen Gerichtsvollzieher oder eine andere Amtsperson mit der Zustellung der Mahnung betrauen zu müssen, ist für den Gläubiger ein beschwerliches, zeitraubendes Verfahren und verursacht zudem besondere Kosten. Bei der Auslegung des Begriffes "acte équivalent" ist daher die Frage aufgeworfen worden, ob nicht Telegramme, eingeschriebene Briefe, ja sogar einfache schriftliche Mitteilungen, mit denen der Gläubiger den Schuldner auffordert zu leisten, der Vorschrift des Art. 1139 C. civ. genügen.

Die Lehre lehnt überwiegend eine derart weite Auslegung des "acte équivalent" mit dem Hinweis ab, eine Mahnung könne der "sommation" nur gleichwertig sein, wenn sie dieser auch in dem Gewicht, das von ihr durch die äußere Form ausgehe, entspreche¹⁾.

Anders verstehen Rechtsprechung und ein Teil der Lehre den Begriff des "acte équivalent". Die formstrenge "sommation" soll dem Schuldner das Leistungsbegehren des Gläubigers deutlich vor Augen treten lassen; ihm soll bewußt werden, daß der Gläubiger eine weitere Verzögerung der Leistung nicht hinzunehmen bereit ist. Bei der "sommation" und den besprochenen "actes équivalents" tritt die Dringlichkeit der Leistungsaufforderung allein durch deren äußere Form zu Tage. Diesen Eindruck muß der Schuldner aber nicht unbedingt nur aus der äußeren Form der Mahnung gewinnen. Für ihn kann der Ernst des Erfüllungsbegehrens auch durch seinen Inhalt hervortreten. Demogue²⁾ und Weill³⁾ als Verfechter einer solchen

1) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 839 S. 467 f; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 772 S.83; David, Rev. crit. 1939,95 (135 ff); Perrot, La mise en demeure, Nr. 30; Jossierand II Nr. 618 S. 391; Baudry-Lacantinerie et Barde XII Nr. 427 I S. 467; Carbonnier II Nr. 159 S. 529; Marty et Raynaud II Nr. 656 S. 679.

2) Demogue VI Nr. 235 S. 261 f.

3) Weill, Rev. crit. 1939, 203 (266).

Ausdeutung des Art. 1139 C. civ. nennen dies die "psychologische" Auslegung des Begriffes "acte équivalent": Der Eindruck, den der Schuldner bei Zustellung der Mahnung, sei es auf Grund deren äußerer Form, sei es auf Grund ihres Inhaltes gewinnen muß, ist dafür entscheidend, ob ein "acte équivalent" gegeben ist.

Die Rechtsprechung sieht ebenso in einer schriftlichen Leistungsaufforderung eine Mahnung durch "acte équivalent", wenn das dem Gläubiger zugegangene Schriftstück "une interpellation suffisante" enthält¹⁾. Wann eine schriftliche Mitteilung dieser Anforderung genügt, ist Tatfrage. Eine "interpellation suffisante" wird regelmäßig dann vorliegen, wenn dem Schuldner durch den Inhalt des Leistungsbegehrens deutlich gemacht wird, daß der Gläubiger auf rechtzeitiger Erfüllung besteht, er durch die weitere Hinauszögerung der Befriedigung seines Anspruchs geschädigt wird und daß der Schuldner in einem solchen Falle mit empfindlichen Schritten seinerseits rechnen müsse²⁾. Genügt der Inhalt des Schreibens diesem Erfordernis, kann die Mahnung durch Einschreibebrief³⁾, Telegramm⁴⁾ oder auch durch einfachen Brief⁵⁾ erfolgen. Die Rechtsprechung hat den "acte équivalent" nicht nur in einer einzigen Gläubigerhandlung gesehen, sondern in

-
- 1) Req. 25. 10. 1911 D.P. 1912.1.225; Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162.
 - 2) Civ. 19. 2. 1878 D.P. 1878.1.261; Req. 4. 12. 1900 D.P. 1901.1.518; Req. 13. 1. 1909 G.P. 1909.1.457; Civ. 5. 8. 1929 S. 1930.1.212;
Es muß aber nicht bereits Ersatz des Verzögerungsschadens verlangt werden: Soc. 17. 7. 1962 Bull. civ. 1962 IV 648.
 - 3) Civ. 5. 8. 1929 aaO; Req. 1. 5. 1929 S. 1929.1.264; Civ. 7. 12. 1938 S. 1939.1.81; Civ. 9. 7. 1945 D. 1946,52.
 - 4) Demogue VI Nr. 235 S. 261 f.
 - 5) schon Civ. 19. 2. 1878 D.P. 1878.1.261; Req. 1. 8. 1898 D.P. 1900.1.551; Req. 13. 1. 1909 G.P. 1909.1.457; Req. 4. 12. 1900 D.P. 1901.1.518; Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162;
dagegen grundsätzlich ablehnend: Req. 6. 2. 1933 S. 1933.1.126; a.A. auch Civ. 24. 11. 1875 D.P. 1876. 1.363.

einem ganzen Verhaltenskomplex, aus dem der Schuldner die Dringlichkeit des Leistungsbegehrens erkennen konnte¹⁾.

Wenn die gegenteilige Lehrmeinung diese Entscheidungen als Besonderheiten hinstellen will, die auf Grund herrschenden Handelsbrauches lediglich für das Handelsrecht Gültigkeit haben, sieht sie die Haltung der Rechtsprechung nicht richtig. Keine der zitierten Entscheidungen stützt sich auf einen etwa geltenden Handelsbrauch; ihre allgemeingehaltenen Grundsätze enthalten keine Beschränkung ihrer Geltung für das Handelsrecht²⁾. Auch auf dem Gebiete des "droit commun" hat die Rechtsprechung jede schriftliche Mahnung, die eine "interpellation suffisante" enthält, als "acte équivalent" anerkannt³⁾. Sie ist allerdings geneigt, auf dem Gebiete des Handelsrechts das Erfüllungsbegehren eher als dringlich genug anzusehen, da Kaufleuten die Wichtigkeit rechtzeitiger Leistung bekannt ist⁴⁾.

Die streng formale Auslegung des Begriffes "acte équivalent" hemmt die Wirksamkeit der "demeure"; in einer modernen Rechtsordnung wirkt sie schwerfällig. Der Schutz des Schuldners ist durch den Grundsatz "dies non interpellat pro homine" auch bei der großzügigeren Auslegung durch die Rechtsprechung gewährleistet. Einer solchen steht der Text des Art. 1139 C. civ. auch nicht

1) Civ. 3. 6. 1926 G.P. 1926.2.307; Req. 7. 12. 1926 S. 1927.1.106 (Gesamtheit der gewechselten Korrespondenz); Civ. 7. 4. 1954 D. 1954,385.

2) vgl. Demogue VI Nr. 235 S. 257 f.

3) so besonders Civ. 7. 4. 1954 D. 1954,385.

4) Com. 4. 3. 1958 Bull. civ. 1958 III 87; Soc. 13. 3. 1958 D. 1958 somm. 110.

entgegen: Stellen bei Pothier¹⁾ und aus den Vorarbeiten zum Code civil²⁾ lassen erkennen, wie sehr das Erfordernis der "sommation" auf Erwägungen die Erweislichkeit der dringenden Leistungsaufforderung betreffend beruht. Auch ein "lettre missive" aber kann vollen Beweis eines "acte juridique" erbringen³⁾; der Grundgedanke des Art. 1139 C. civ. ist also auch bei der "psychologischen" Auslegung der Bestimmung beachtet. - In dem Gesetz vom 13. Juli 1930 relative aux contrats d'assurances, das gerade den Schuldnerschutz im Auge hatte, ist dementsprechend von dem modernen Gesetzgeber die "mise en demeure" durch eingeschriebenen Brief als genügend und erforderlich angesehen worden (Art. 16 Abs. 2 des Gesetzes).

cc) Die Versuche, auch in einer mündlichen Zahlungsaufforderung einen "acte équivalent" zu sehen, scheinen daher insoweit in Widerspruch zu Art. 1139 C. civ. zu stehen. So stand man anfangs einer mündlichen Mahnung grundsätzlich ablehnend gegenüber⁴⁾. Eine Mindermeinung in

-
- 1) Pothier Obligations I Nr. 172 S. 152: "... cette interpellation judiciaire étant la seule preuve de cette demeure, qui soit reçue dans les tribunaux".
 - 2) Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon, III S. 251: "... le débiteur peut être mis en demeure par d'autres faits non moins probans qu'une sommation".
 - 3) H., L. et J. Mazeaud I Nr. 420 S. 433 f.
 - 4) Civ. 6. 7. 1908 S. 1909.1.350; Cour d'Appel de Riom 6. 7. 1912 G.P. 1912.2.142; Larombière, Théorie et pratique des obligations, Art. 1139 Nr. 13; Aubry et Rau IV § 308 S. 139. vgl. aber Req. 16. 5. 1882 S. 1884.1.154, der durch Fingierung einer Abbedingung der Form der Mahnung zur Zulassung einer mündlichen Mahnung kommt.

der Literatur tritt vorsichtig für die Zulassung auch einer mündlichen Mahnung ein¹⁾. Neueste Entscheidungen der Cour de Cassation scheinen diese Möglichkeit nicht endgültig ausschließen zu wollen²⁾. Diese Tendenzen, so sehr sie von den praktischen Bedürfnissen der Wirtschaft her zu begrüßen sein mögen, können sich aber nicht mehr auf eine sinnentsprechende Auslegung des Art. 1139 C. civ. stützen. Schließt man aus der Entwicklung des Art. 1139 C. civ., daß die Beweiskraft Tatbestandserfordernis des "acte équivalent" ist, kann man auf Grund des Art. 1347 C. civ. in einem mündlichen Erfüllungsbegehren keine Mahnung im Sinne des Gesetzes sehen³⁾.

Ein "acte équivalent" kann danach nur in einer schriftlichen Leistungsaufforderung liegen. Der Inhalt des Erfüllungsbegehrens muß in dem Maße dessen Dringlichkeit stärker betonen, in dem die äußere Form sich von der der "sommation" entfernt⁴⁾.

1) Demogue VI Nr. 235 S. 261 f; Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 19; Tunc in H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 Anm. 2 bis S. 401.

2) Civ. 27. 7. 1933 S. 1933.1.343 (diese Entscheidung konkretisiert nicht, ob die Aufforderungen des Gläubigers schriftlich oder mündlich erfolgt sind; die Kürze der zwischen dem vorgesehenen Leistungstermin und der tatsächlichen Erfüllung verstrichenen Zeit deutet darauf hin, daß der Gläubiger den Schuldner nur mündlich zur Leistung aufgefordert hat); Civ. 8. 11. 1961 Bull. civ. 1961 I 404: Besuche des Gläubigers beim Schuldner werden deshalb nicht als "acte équivalent" angesehen, weil sie ihrem Inhalt nach keine "interpellation suffisante" darstellten, nicht etwa weil eine mündliche Mahnung grundsätzlich nicht Art. 1139 C. civ. genügt.

3) vgl. Demogue VI Nr. 235 S. 261 f.

4) vgl. Demogue VI aaO; Civ. 19. 2. 1878 D.P. 1878.1. 261.

dd) Das Gesetz begnügt sich nicht immer mit einer Mahnung in der Form des Art. 1139 C. civ. In den Fällen der Art. 1154, 1155 C. civ. (Zinsschulden) und des Art. 1479 C. civ. (betreffend die während der Ehe entstandenen Forderungen der Ehegatten untereinander) kann der Gläubiger seinen Schuldner nur dadurch in Verzug setzen, daß er Klage auf die geschuldete Leistung erhebt¹⁾.

ee) Da gemäß Art. 1247 C. civ. schuldrechtliche Verpflichtungen grundsätzlich Holschulden sind, reicht die Mahnung des Gläubigers nach Art. 1139 C. civ. allein nicht aus, um den Schuldner in Verzug zu setzen. In der Tat muß sich der Gläubiger in diesen Fällen am Erfüllungsort einfinden, um die ihm geschuldete Leistung entgegenzunehmen²⁾. Es handelt sich dabei um einen rein tatsächlichen Vorgang, der in keiner bestimmten Form nachgewiesen werden muß. - Der Gläubiger braucht sich allerdings nicht zum Wohnort des Schuldners zu begeben, wenn dieser ihm mitteilt, ihm sei im Augenblick die Erfüllung unmöglich³⁾.

1) Vor seiner Änderung durch Gesetz vom 7. April 1900 enthielt der Code civil weitere gleichartige Vorschriften. Teilweise sieht man die Unterlassung der Änderung der oben genannten Vorschriften als Redaktionsversehen an und liest sie entsprechend Art. 1139 C. civ.: Ripert et Boulanger II Nr. 849 S. 312; Aubry et Rau VIII § 512 S. 197 f; Demgegenüber weist die herrschende Meinung auf den jeweiligen besonderen Zweck der nicht mitabgeänderten Bestimmungen hin, womit sich die Annahme eines Redaktionsfehlers verbiete: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2287, 2288, 2291 S. 417 ff; Fuzier-Herman Art. 1154 Nr. 4, Art. 1479 Nr. 1; Civ. 21. 7. 1936 D.H. 1936,442 (ebenso das vorinstanzliche Urteil Paris 25. 7. 1930 G.P. 1930.2.638); Als ein solcher Redaktionsfehler wird lediglich Art. 1207 C. civ. angesehen, der entsprechend Art. 1153 C. civ. zu lesen ist: h. M., so Planiol, Ripert et Gabolde VII Nr. 1085 S. 457 f.

2) Aubry et Rau IV § 308 S. 139; Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 30; Civ. 15. 12. 1925 G.P. 1926.1.307.

3) Paris 31. 5. 1921 G.P. 1922.1.255.

Später ergangene Entscheidungen haben den Grundsatz gemildert, daß im Falle der Holschuld der Schuldner trotz Mahnung nur in Verzug kommt, wenn sich der Gläubiger bei ihm zur Entgegennahme der Leistung einfindet. Nach ihrer Auffassung wird dem Art. 1247 C. civ. genügend Rechnung getragen, wenn der Gläubiger in seiner schriftlichen Mahnung anbietet, die Ware abzuholen¹⁾.

4. Portfall oder Milderung des Erfordernisses der Zustellung einer "mise en demeure"

Der Grundsatz "dies non interpellat pro homine" gilt jedoch nicht unumschränkt. Es bestehen nicht nur gesetzliche Ausnahmen, sondern auch solche, die ihren Grund in Umständen finden, die von der Person des Schuldners ausgehen.

aa) Handelt es sich um eine Verzögerung in der Erfüllung eines vertraglichen Anspruches, bedarf es auf Grund von Gesetz in zahlreichen Fällen für den Eintritt des Verzuges keiner Mahnung: Art. 1140, 1570 Abs.1, 1473, 1652 Abs.3, 1996, 2001, 1846, 2028 Abs.2 Code civil, Art. 152, 153 und 185 Code commercial.

Darüber hinaus enthält Art. 1139 C. civ. selbst eine mittelbare gesetzliche Ausnahme von der Notwendigkeit der "sommation" oder eines "acte équivalent"²⁾: Die

1) Demogue VI Nr. 235 S. 261;
Civ. 3. 6. 1926 G.P. 1926.2.307; Civ. 27. 7. 1933
G.P. 1933.2.827.

2) Diese Ermächtigung des Art. 1139 C. civ. gilt aber gemäß Art. 16 Abs.7 des Gesetzes vom 13. Juli 1930 im Versicherungsrecht nicht für die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Prämienzahlung; eine Abbedingung über Art. 16 Abs.2 des Gesetzes hinaus ist unzulässig.

Bestimmung ermächtigt die Vertragspartner zu vereinbaren, daß nach Verstreichen des vorgesehenen Leistungs-termines der Schuldner ohne jede Mahnung in Verzug kommen soll. Art. 1139 C. civ. ist nicht nur in seiner ganzen Tragweite abdingbar, vielmehr kann durch Vereinbarung auch lediglich die Form, in welcher der Gläubiger grundsätzlich den Schuldner mahnen muß, gemildert werden¹⁾; beispielsweise kann vereinbart werden, bereits ein mündliches Erfüllungsbegehren setze den Schuldner in Verzug²⁾.

Die Übereinkunft einer Milderung oder des Fortfalles des Erfordernisses der "sommation" ist nicht formgebunden³⁾. Sie kann auch nach dem Entstehen der Verbindlichkeit getroffen worden sein⁴⁾. Die Abbedingung braucht schließlich nicht ausdrücklich vereinbart worden zu sein; sie kann aus den Umständen des einzelnen Schuldverhältnisses zu schließen sein⁵⁾. Die Einigkeit in der Frage der Zulässigkeit einer stillschweigenden Abbedingung klärt nicht das Problem, wann eine solche anzunehmen ist. Die Rechtsprechung hat sich in diesem Punkte sehr großzügig gezeigt. Sie fordert im Grundsatz eine Vereinbarung der Parteien. Diese hat sie bei der Klausel "livrable

-
- 1) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 772 S. 83; auf diesem Wege kommt die Lehrmeinung, welche der Rechtsprechung bei ihrer weiten Auslegung des Begriffes "acte équivalent" nicht folgt, für das Gebiet des Handelsrechts wegen eines dort geltenden Handelsbrauches dazu, jede Form der Leistungsaufforderung als mit Art. 1139 C. civ. vereinbar anzusehen: Perrot, La mise en demeure, Nr. 29 f; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 839 S. 467 f; Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, Nr. 51 S. 24, Nr. 350 S. 171; Marty et Raynaud II Nr. 656 S. 679; David, Rev. crit. 1939, 95 (110).
 - 2) Req. 16. 5. 1882 S. 1884.1.154.
 - 3) Demogue VI Nr. 251 S. 278 f; Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 40.
 - 4) Demogue VI Nr. 251 S. 279; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2281 S. 412.
 - 5) st. Rechtspr.: Req. 18. 2. 1856 S. 1857.1.40; Soc. 3. 7. 1953 D. 1954, 615; Riom 17. 1. 1961 J.C.P. 1961 IV 131;

de suite" angenommen¹⁾). Die bloße Vereinbarung einer Vertragsstrafeklausel für den Fall der Leistungsverzögerung dagegen wird unter Hinweis auf den Text des Art. 1230 C. civ. nicht als stillschweigende Befreiung von der Notwendigkeit der Zustellung der "mise en demeure" angesehen²⁾).

Die Rechtsprechung ist aber nahe daran, die von ihr selbst geforderte Vereinbarung der Befreiung des Gläubigers von dem Erfordernis der Mahnung zu fingieren,

H. et L. Mazeaud et Tunc aa0; Perrot, La mise en demeure Nr. 6, 7, 29; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 844 S. 469; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 773 S. 85; Aubry et Rau IV § 308 S. 138;
anderer Ansicht: Josserand II Nr. 619 S. 391 und David, Rev. crit. 1939,95 (108), unter Hinweis auf den Text des Art. 1139 "... la convention, lorsqu'elle porte ...".

- 1) Paris 12. 11. 1924 D.H. 1924,705; Req. 21. 6. 1933 D.H. 1933,412; Riom 17. 1. 1961 J.C.P. 1961 IV 131;

ähnlich: "Lieferung spätestens am" Req. 18. 2. 1856 S. 1857.1.40; beim Sukzessivlieferungsvertrag, wenn erkennbar ist, daß es dem Gläubiger besonders auf die Einhaltung des vereinbarten Leistungstermines ankommt: Req. 30. 1. 1911 S. 1911.1.336.

- 2) Demogue VI Nr. 476 S. 507 f; Josserand II Nr. 619 S. 391, Nr. 646 S. 411; Perrot, La mise en demeure, Nr. 7; Aubry et Rau IV § 309 S. 173; Cons. d'Etat 10. 11. 1926 G.P. 1927.1.342;

anderer Ansicht: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2281 Anm. 3 S. 412;

Soc. 3. 7. 1953 D. 1954,615;

Die Mahnung ist in einem Falle als entbehrlich angesehen worden, in dem die Parteien Prämien für die vorzeitige, Strafgeelder für verspätete Erfüllung vereinbart hatten: Req. 29. 7. 1929 S. 1930.1.214.

wenn sie diese in der Abrede einer Bringschuld statt der gesetzlich vorgesehenen Holschuld sieht¹⁾, wenn sie bei einem Hausbau den Fertigstellungstermin ohne weitere Anhaltspunkte als "strikt" vereinbart betrachtet²⁾. Die Großzügigkeit der Cour de Cassation³⁾ ist von unteren Gerichten sogar übertroffen worden, als diese im Eisenbahnfrachtverkehr die Mahnung deshalb als abbedungen ansahen, weil die Bahn gesetzlich verpflichtet war, den Empfänger von der Ankunft der Fracht zu unterrichten⁴⁾.

bb) Neben den gesetzlichen Ausnahmen von dem Erfordernis des Art. 1139 C. civ. halten Lehre und Rechtsprechung noch in weiteren Fällen die "mise en demeure" als notwendige Voraussetzung für den Eintritt des Verzuges für entbehrlich.

Einer Leistungsaufforderung soll es nicht bedürfen, wenn die Zustellung einer solchen nicht möglich ist: "A l'impossible nul n'est tenu"⁵⁾. Eine derartige Unmöglichkeit ist anzunehmen, wenn dem Gläubiger der Schuldner selbst oder dessen Wohnort unbekannt ist⁶⁾. Die Unmöglichkeit

1) Soc. 28. 7. 1948 G.P. 1948.2.Table-Bail Nr. 113; Soc. 15. 6. 1951 G.P. 1951.2.163; vgl. auch Montpellier 25. 1. 1928 G.P. 1928.1.603; ablehnend: Carbonnier Rev. trim. 1951, 529 und II Nr. 211 S. 746; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2282 S. 413 f.

2) Req. 28. 2. 1938 G.P. 1938.1.871.

3) kritisch dazu: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2283 S. 414 f; Jossierand II Nr. 619 S. 391.

4) Paris 30. 10. 1931 G.P. 1931.2.923 und 2. 7. 1935 G.P. 1935.2.682; ablehnend: Civ. 7. 12. 1938 S. 1939.1.81; Civ. 9. 7. 1945 D. 1946, 52.

5) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2279 S. 411; abweichend in der Begründung David, Rev. crit. 1939, 95 (139), der diese Fälle als "actes équivalents" im Sinne des Art. 1139 C. civ. betrachtet.

6) David, Rev. crit. 1939, 95 (138); Weill, Rev. crit. 1939, 203 (222); Demogue VI Nr. 248 S. 277.

braucht nicht von dem Schuldner verschuldet zu sein; lediglich wenn deren Ursache bei dem Gläubiger selbst liegt, kann dieser sich nicht auf sie berufen und bleibt gehalten, entsprechend Art. 1139 C. civ. zu verfahren¹⁾.

Ist die Zustellung einer "sommation" zwar möglich, jedoch nicht mehr sinnvoll, soll die "demeure" gleichfalls ohne Mahnung eintreten²⁾. Mit der "mise en demeure" begehrt der Gläubiger nämlich Befriedigung seiner Forderung. Dieses Ziel der Mahnung, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten, kann nicht erreicht werden, wenn er etwa erklärt, er sei zu rechtzeitiger Lieferung nicht im stande³⁾, er erkenne an, sich im Verzuge mit seiner Leistung zu befinden⁴⁾. Dementsprechend erscheint eine Mahnung weiter unzweckmäßig, wenn der Schuldner beim Gericht ein "délai de grâce" gemäß Art. 1244 C. civ. beantragt⁵⁾. Gleiches soll gelten, wenn der Schuldner unmittelbar vor dem vereinbarten Termin zusagt, er werde diesen sicher einhalten⁶⁾. Eine Leistungsaufforderung des Gläubigers kann auch dann als unzweckmäßig unterbleiben, wenn der Schuldner ihm eindeutig zu erkennen

-
- 1) Weill aa0; Demogue VI aa0; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2279 Anm. 1 S. 411.
 - 2) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2279 S. 411.
 - 3) Paris 31. 5. 1921 G.P. 1922.1.255.
 - 4) Demogue VI Nr. 236 S. 262 f; David, Rev. crit. 1939, 95 (139); Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 773 S. 85; Civ. 30. 11. 1953 J.C.P. 1954 IV 6; Com. 10. 1. 1956 G.P. 1956.1.262.
 - 5) streitig; wie oben Detry S.21; a.A. Lorans S.51; Civ. 4. 4. 1900 D.P. 1900.1.529, die weiter eine "mise en demeure" des Gläubigers verlangen. Weitergehend Planiol, Ripert et Radouant VII Nr.1021 S.363, der die Zustellung einer "mise en demeure" während des Laufes des délai de grâce für schlechthin unzulässig hält.
 - 6) David aa0; Demogue VI aa0 sieht die Mahnung in diesen Fällen nicht als unzweckmäßig an, er nimmt einen Verzicht des Schuldners auf die Zustellung der "mise en demeure" an; Trib. civ. de la Seine 1. 12. 1905 Rec. de la Gaz. des Tribunaux 1906.1^{er} semestre.II^{ème} partie.362.

gibt, er verweigere die Erfüllung¹⁾. Der Gläubiger muß aber davon überzeugt sein können, daß tatsächlich eine solche Leistungsverweigerung des Schuldners gegeben und diese auch ernsthaft gemeint ist²⁾. In welchem Maße der Schuldner die Erfüllung schuldhaft verweigert hat, ist für die Frage der Entbehrlichkeit der Mahnung ohne Bedeutung; mag er sich auch über das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung irren, eine Leistungsaufforderung des Gläubigers im Sinne des Art. 1139 C. civ. vermöchte den Irrtum nicht auszusräumen und den Schuldner nicht zur Erfüllung zu bewegen³⁾; eine Mahnung wäre auch dann un-

-
- 1) Demogue VI Nr. 249 S. 278; Aubry et Rau IV § 308 S. 137 Anm. 1 bis; David, Rev. crit. 1939,95 (123 f); Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 773 S. 85; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 944 S. 804; Esmein in der Besprechung der Entscheidung Civ. 31. 7. 1946 in J.C.P. 1947 II 3809;
Req. 28. 2. 1865 D.P. 1865.1.420; Req. 25. 1. 1875 S. 1875.1.159; Civ. 15. 11. 1887 G.P. 1887.2.630;
Req. 4. 1. 1927 G.P. 1927.1.587; Req. 17. 6. 1938 G.P. 1938.2.378;
a.A. Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 472 S. 501.
- 2) so besonders Demogue VI Nr. 249 S. 278: "refus catégorique"; Perrot, La mise en demeure, Nr. 21; Der Gläubiger kann bei einem Sukzessivlieferungsvertrag von einer solchen ernsthaften Leistungsverweigerung des Schuldners ausgehen, wenn dieser nach verbgeblicher Anmahnung der ersten Lieferung auch spätere Teilleistungen nicht erbringt: Civ. 8. 3. 1881 D.P. 1881.1.198; Trib. com. de Marseille 2. 2. 1927 G.P. 1927.1.598.
- 3) vgl. Req. 25. 1. 1875 S. 1875.1.159; Civ. 15. 11. 1887 G.P. 1887.2.630; Req. 4. 1. 1927 G.P. 1927.1.587.

zweckmäßig¹⁾.

- 1) Als man in Art. 1146 C. civ. noch eine Generalklausel sah, suchte man zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse weitere Gründe, um von der Notwendigkeit der "mise en demeure" abgehen zu können. Ein Lösungsversuch war, Art. 1382 C. civ. auf die Fälle vertraglicher Nichterfüllung anzuwenden,

(vgl. die Darstellung dieser Ansicht bei: Weill, Rev. crit. 1939, 203 (217 f); Demogue VI Nr. 250 S. 278; Hubert in der Besprechung von Civ. 13. 4. 1923 in S. 1926.1.17; noch bejahend David, Rev. crit. 1939, 95 (125 f)).

Weiterer Grund, der den Gläubiger von der Notwendigkeit der Zustellung einer "sommation" entbinden sollte, war eine "faute" des Schuldners. Diese Lehre fußt auf dem römischen Recht: Die französische Lehre sah in der "mora" und der "culpa" die beiden Haftungsstatbestände eines Schuldners nach römischem Recht

(P. Girard, Geschichte und System des römischen Rechtes, übersetzt von R. v. Mayr, Bd. II, S. 704 ff, Berlin 1908; vgl. auch die Darstellungen bei: Weill, Rev. crit. 1939, 203 (233 f, 244, 264); Hubert aaO; siehe auch die Formulierung bei Aubry et Rau IV § 308 S. 137 "... en demeure ou en faute ...").

Beide Wege sind seit der Aufgabe der Lehre von dem Generalklauselcharakter des Art. 1146 C. civ. überholt. Selbst früher benutzte man sie nur, wenn der Leistungsgegenstand selbst untergegangen war. Dennoch wirken diese Lehren noch nach

(vgl. Civ. 31. 7. 1946 D. 1947. erster Halbband. 57; Com. 4. 7. 1955 Bull. civ. 1955 III 199: die "mise en demeure" ist entbehrlich, weil der Leistungsgegenstand durch eine "faute" des Schuldners untergegangen ist).

Diese Tatsache wiegt besonders schwer, wenn nunmehr in echten Verzögerungsfällen die "faute" als Befreiungsgrund von der Mahnungspflicht nach Art. 1139 C. civ. angesehen wird, obwohl der Ursprung dieser Lehre eine solche Ausdehnung eindeutig verbietet

(so aber Paris 25. 1. 1935 D.H. 1935, 202; siehe auch Req. 2. 7. 1929 D.H. 1929.413; Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 41 bis; - ablehnend gegenüber dem Neuauf tauchen dieser Gedankengänge in der Rechtsprechung: Meurisse, in J.C.P. 1947.premier semestre. Doctrine 667 Nr. 43).

5. Der geeignete Zeitpunkt für die Zustellung
der "mise en demeure"

Durch die Geltung des Grundsatzes "dies non interpellat pro homine" ist ein weitreichender Schutz der Interessen des Schuldners gewährleistet; diese Vergünstigung belastet auf der anderen Seite den Gläubiger entsprechend. Die Auswirkungen des Prinzips des Art. 1139 C. civ. treten in dem Maße stärker hervor, als der Gläubiger auch hinsichtlich des möglichen Zeitpunkts der Zustellung einer "mise en demeure" Einschränkungen unterliegt. Die Erfüllung eines fälligen Anspruches kann er jederzeit annehmen. Auch gleichzeitig mit dem Eintritt der Fälligkeit kann der Gläubiger bereits den Schuldner auffordern zu leisten¹⁾. Fraglich ist es, ob die Zustellung einer "mise en demeure" bereits möglich ist, ehe die Forderung fällig ist. Da der Gläubiger den ihm entstandenen Verspätungsschaden nur ersetzt erhält, soweit jener seit dem Verzugseintritt entstanden ist, würde es seinen Interessen sehr dienen, wenn er den Schuldner schon vor Fälligkeit an die rechtzeitige Leistung mahnen könnte. Demogue hält ein derartiges Vorgehen für zulässig²⁾: Sinn der "mise en demeure" sei es, dem Schuldner zu verstehen zu geben, daß sein Gläubiger nicht bereit sei, irgendeine Verzögerung in der Erfüllung hinzunehmen. Da dem Verpflichteten diese Einstellung des Gläubigers auch durch eine Mahnung vor dem Eintritt der Fälligkeit bewußt werde, komme er durch diese frühzeitige "mise en demeure" in Verzug, falls er nicht rechtzeitig erfülle.

Während die Lehre sich weitgehend zu diesem Problem nicht äußert, spricht sich Paget gegen die Ansicht von Demogue aus³⁾. Die Rechtsprechung scheint gleich Paget

1) Civ. 2. 3. 1896 D.P. 1896.1.121.

2) Demogue VI Nr. 238 S. 265 f; scheinbar auch Pau 17. 7. 1902 S. 1902.2.216.

3) Paget Nr. 250 S. 201.

die Wirksamkeit einer "sommation" vor Fälligkeit zu verneinen:

"Il suffit qu'une créance soit exigible pour qu'une sommation de payer soit valable ..." ¹⁾.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. In Art. 1139 C. civ. ist der Grundsatz des "dies non interpellat pro homine" verankert. Er soll mit wenigen Ausnahmen nur dann nicht gelten, wenn die Parteien ihn durch eine entsprechende Vereinbarung abbedungen haben. Bei Zulassung einer Mahnung vor dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung könnte der Gläubiger diese Handlung bereits im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung vornehmen. Das liefe im Ergebnis aber auf ein Recht des Gläubigers hinaus, Art. 1139 C. civ. einseitig abzubedingen. Der Schuldner würde des Schutzes, den diese Bestimmung gewährleisten will, regelmäßig beraubt werden können. Das Erfordernis der "mise en demeure" soll sicherstellen, daß dem Schuldner das Erfüllungsinteresse des Gläubigers zu einem Zeitpunkt deutlich gemacht wird, in dem der Fälligkeitstermin zu verstreichen droht ²⁾.

6. Steht dem Schuldner nach dem Zugang der "mise en demeure" noch eine Erfüllungsfrist zu?

Hat der Gläubiger gemahnt, könnte der Schuldner sich dennoch deshalb nicht im Verzuge befinden, weil ihm nach dem Zugang der "sommation" noch eine gewisse Erfüllungsfrist zustehen könnte ³⁾. Der Zubilligung einer

1) Civ. 2. 12. 1929 G.P. 1930.1.45; ähnlich Civ. 27. 7. 1933 G.P. 1933.2.827.

2) vgl. auch Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 3, der "en principe" für die Wirksamkeit der Mahnung den Eintritt der Fälligkeit der Schuld voraussetzt.

3) Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 51 unter Berufung auf Req. 29. 11. 1932 G.P. 1933.1.289; so auch Demolombe XXIV Nr. 531 S. 525 ff unter Hinweis auf Pothier Obligations I Nr. 143 S. 123 f, eine Stelle, die aber nicht eindeutig ist (vgl. nämlich Pothier Nr. 169 S. 149: Der Schuldner schuldet Schadensersatz "depuis qu'il a été mis en demeure"); Die Entscheidung Paris 13. 5. 1924 D.H. 1924,419 scheint dagegen auf der Auslegung des Willens der Parteien zu beruhen.

derartigen Frist bedarf es sicher, wenn die Mahnung gleichzeitig mit dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt oder gar erst die Leistung fällig werden läßt; verlangt der Eigentümer nämlich mittels "sommation" die hinterlegte Sache erstmalig von dem Verwahrer zurück, wird dadurch gemäß Art. 1927 C. civ. der Rückgabeanspruch des Eigentümers erst fällig. Trotz zugegangener Mahnung muß man dem Schuldner dann den Zeitraum zugestehen, dessen er zur sofortigen Erfüllung bedarf; vor dessen Ablauf treten die Verzugsfolgen nicht ein¹⁾.

Im übrigen will Demogue nicht stets dem Schuldner eine solche Erfüllungsfrist zubilligen. Er unterscheidet danach, ob die geschuldete Leistung sofort erbracht werden kann oder ob die Befriedigung des Gläubigers erst nach längeren Vorarbeiten (Beispiel: Hausbau) möglich ist; er will dem Schuldner nach Erhalt der Mahnung eine gewisse Nachfrist nur zubilligen, wenn die Leistung ohnehin sofort bewirkt werden kann; dagegen könne sich der Schuldner bei längerer Anfertigungszeit nicht auf eine weitere Erfüllungsfrist berufen²⁾.

Überwiegend lehnt man aber die Gewährung einer solchen Frist ab, wenn der Schuldner die Leistung zum Fälligkeitstermin nicht erbracht hat³⁾. Neben dem Text der Art. 1139 und 1153 Abs. 3 C. civ., die jeweils den Verzug des Schuldners mit der Mahnung eintreten lassen, spricht für die Richtigkeit dieser Ansicht, daß auch vor der Zustellung einer "sommation" bereits die Verzögerung der Erfüllung durch den Schuldner ein vertragswidriges Ver-

1) Civ. 2. 3. 1896 D.P. 1896.1.121: "après une mise en demeure restée infructueuse".

2) Demogue VI Nr. 240 S. 267.

3) Larombière Art. 1139 Nr. 21; ausdrücklich für Geldschulden: Pothier Obligations I Nr. 170 S. 150; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 886 S. 217; Req. 4. 1. 1927 G.P. 1927.1.587.

halten darstellt¹⁾). Wenn sich daran wegen des Fehlens der "mise en demeure" für ihn noch keine Folgen knüpfen, so liegt darin für ihn die Vergünstigung des Rechts der "demeure". Eine darüber hinausgehende Vergünstigung einer neuen Erfüllungsfrist kennt die "demeure" aber nicht.

c) Die Vorwerfbarkeit der Leistungsverzögerung

1. Setzt der Eintritt der "demeure" ein Vertretenmüssen des Schuldners voraus? Klarstellung des mißverständlichen Gesetzestextes.

Gleich § 285 BGB könnte im französischen Recht Art. 1147 C. civ. als weitere Voraussetzung des Verzugeintrittes verlangen, daß die Leistungsverzögerung von dem Schuldner zu vertreten ist. Dieser Artikel des Code civil ist aber nicht eindeutig. Die Bestimmung bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf die Pflicht des Schuldners zum Schadensersatz. Die "demeure" könnte daher bereits bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes - unberechtigte Leistungsverzögerung und "sommation" - eintreten; lediglich eine der Verzugsfolgen - der Anspruch auf den Ersatz des Verspätungsschadens - könnte zusätzlich das Vertretenmüssen der Leistungsverzögerung durch den Schuldner voraussetzen. Neben der Tatsache, daß Art. 1147 C. civ. nur auf diese eine Verzugsfolge Bezug nimmt, findet diese Auslegung noch in dem Text des Art. 1139 C. civ. eine Stütze: "Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ...".

1) vgl. die ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Problem in dem folgenden rechtsvergleichenden Teil, in dem sommation und Mahnung des BGB gegenübergestellt werden und nach dem inneren Grund dieses Erfordernisses gefragt wird.
Siehe unten S. 64 ff.

Ist der Text des Code civil nur in diesem Sinne zu verstehen, stehen Rechtsprechung und Lehre auf einem anderen Standpunkt. Ein Teil der Lehre spiegelt die mißverständliche Fassung des Gesetzes wider: Das Erfordernis der Vorwerfbarkeit der Leistungsverzögerung findet sich nur im Zusammenhang mit dem Anspruch auf den Ersatz des Verzugssschadens; bei den anderen Verzugsfolgen bleibt es unerwähnt. Es wird aber darauf auch nicht ausdrücklich verzichtet¹⁾.

Schon die Definition der demeure bei zahlreichen Autoren läßt aber die Voraussetzung des Art. 1147 C. civ. als eine allgemeine erscheinen: "La demeure est le retard d'exécution officiellement constaté et imputable au débiteur"²⁾. Zum Teil wird eindeutig erklärt, der Verzug trete nicht ein, wenn die Leistungsverzögerung von dem Schuldner nicht zu vertreten sei³⁾. Ist man offenbar allgemein dieser Ansicht, so befremdet doch angesichts der bedenklichen Fassung des Gesetzes das Fehlen jeder Begründung.

Die aus den Art. 1147, 1139 C. civ. abzuleitenden Argumente sind zu widerlegen: Die genannten Bestimmungen enthalten, soweit sie nicht das Vertretenmüssen der Leistungsverzögerung durch den Schuldner als allgemeine

1) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 825 S. 152; Carbonnier II Nr. 154 S. 511 f, Nr. 157 S. 521 f.

2) so Josserand II Nr. 618 S. 390; ähnlich: Baudry-Lacantinerie et Barde XII Nr. 468 S. 495; Fuzier-Herman Art. 1146 Nr. 1; Demogue VI Nr. 231 S. 250.

Neutral in der Formulierung aber auch hier: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 771 S. 81 "La demeure est le nom que prend le retard du débiteur quand la loi en tient compte pour y attacher certaines conséquences juridiques"; ähnlich Ripert et Boulanger II Nr. 1488 S. 551.

3) Demogue VI Nr. 231 S. 251; Aubry et Rau IV § 308 S. 144; Fuzier-Herman Art. 1139 Nr. 4; so schon früher eindeutig: Domat, Livre II (Bd.1) Titre VIII Section IV S. 480 u. Livre III (Bd.2) Titre V Section I S. 113.

Voraussetzung für den Eintritt der "demeure" aufstellen, ein redaktionelles Versehen. Ähnlich Art. 1147 C. civ. beinhaltet Art. 1302 Abs. 4 C. civ., der den Schuldner ab Verzugseintritt für den zufälligen Untergang des Schuldgegenstandes einstehen läßt, eine Haftungsvorschrift; beide Verzugsfolgen bezüglich des Erfordernisses des Verschuldens unterschiedlichen Regeln zu unterwerfen, würde jeden inneren Grundes entbehren¹⁾. Auch die weitere Folge der "demeure", nämlich der Gefahrübergang auf den Schuldner gemäß Art. 1138 C. civ., bliebe unverständlich, wenn sie ohne seine Verantwortlichkeit für die Verzögerung der Erfüllung eintreten würde: Hat der Gläubiger die Gefahr eines zufälligen Unterganges des ihm geschuldeten Gegenstandes zu tragen, muß dies erst recht für die Gefahren gelten, die eine zufällige Verzögerung der Erfüllung mit sich bringt²⁾.

Es ist daher der herrschenden Meinung zu folgen und Art. 1147 C. civ. als allgemeine Voraussetzung des Eintritts der "demeure" anzusehen³⁾. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, wenn die Verspätung der Erfüllung auf einer "cause étrangère" beruht.

-
- 1) vgl. Pothier, Vente, Nr. 75 S. 60, der dem Gläubiger wegen der Folgen einer zufälligen Verschlechterung des Kaufgegenstandes nach Verzugseintritt des Verkäufers einen Ausgleich über den Anspruch auf den Ersatz des Verzögerungsschadens gewähren will.
 - 2) H. Capitant, De la cause des obligations, Nr. 132 S. 288, Nr. 134 ff S. 291 ff;
Dieses Argument findet auch in dem Text des Art. 1138 C. civ. "dès l'instant où elle a dû être livrée" eine Stütze.
vgl. auch Req. 11. 7. 1899 D.P. 1900.1.374.
 - 3) Ein anderes System der Haftung für Vertragsverletzungen, das in Fortführung der Ansicht von Planiol heute in dem Lehrbuch von Ripert und Boulanger vertreten wird, steht nur scheinbar in Widerspruch zu dieser Auffassung. Die Verzugsfolgen treten danach bereits bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Leistungsverzögerung ein: "Quand il est constaté qu'il y a eu inexécution ou mauvaise exécution de l'obligation, le débiteur est en faute" (Ripert et Boulanger II Nr. 793 S. 293). Der Nachweis, den Art. 1147 C. civ.

2. Die von dem Schuldner zu vertretenden Umstände

aa) Der rechtliche Inhalt des Art. 1147 C. civ. ist umstritten. Teils neigt man dazu, diese Vorschrift entsprechend Art. 1137 C. civ. auszulegen; teils sieht man in ihr die Begründung einer weitergehenden Verantwortlichkeit des Schuldners für Vertragsverletzungen. Einig sind aber beide Auffassungen darin, daß der Schuldner in Verzug kommt, wenn er bei der Verzögerung der Leistung gegen den Maßstab des Art. 1137 C. civ. ("soin d'un bon père de famille") verstoßen hat¹⁾. Ebenso haftet er bei

dem Schuldner eröffnet, gehe nicht dahin, ihn treffe an der Vertragsverletzung kein Verschulden; vielmehr fehle dann bereits der objektive Tatbestand der Vertragsverletzung, weil im Falle der Nichterfüllung die Schuld gemäß Art. 1302 Abs. 1 C. civ. erloschen, im Falle einer Leistungsverzögerung die Erfüllung der Schuld "suspendiert", der Schuldner also nicht mehr zu rechtzeitiger Leistung verpflichtet sei. - Diese Meinung kommt zu gleichen Ergebnissen wie die herkömmliche Lehre. Sie knüpft zwar an den objektiven Tatbestand der Verzögerung bereits die Verzugsfolgen an, bejaht diesen Tatbestand aber nur, wenn der Schuldner nicht den ihm gemäß Art. 1147 C. civ. offenstehenden Nachweis zu erbringen vermag. so Ripert et Boulanger II Nr. 787 ff S. 290 ff; anklingend auch bei Carbonnier II Nr. 154 S. 511 unter II.; siehe auch oben S. 10 dieser Arbeit und die dortige Anmerkung 1.

- 1) Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, sich an dieser Stelle mit dem Streit, der über den Charakter des Verschuldensmaßstabes des Art. 1137 C. civ. herrscht, auseinanderzusetzen. Nach weitaus herrschender Meinung enthält diese Vorschrift einen abstrakten Maßstab, legt also nicht etwa die eigenübliche Sorgfalt zugrunde: so Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 379 S. 502 f, et Radouant VII Nr. 834 S. 162; H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 677 S. 755; Carbonnier II Nr. 154 S. 512 f; Wenig Einigkeit herrscht aber darüber, ob der Haftungsgrad des Art. 1137 C. civ. dem des Art. 1382 C. civ. entspricht. Bejahend: H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 666 ff S. 734 ff, insbesondere Nr. 687 ff S. 760. - Dagegen einer Haftung im Vertragsrecht für "faute très légère" ablehnend gegenüberstehend: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 833 S. 160; Carbonnier II Nr. 154 S. 513.

dem Verstoß einer seiner Hilfspersonen gegen diesen Maßstab¹⁾.

Darüber hinaus gilt zwar grundsätzlich im französischen Recht für die Verantwortlichkeit des Schuldners der Satz "genera non pereunt"; eine Haftung aus diesem Grunde soll aber nicht eintreten, wenn es sich um die Bewertung lediglich eines "retard" handelt²⁾. Dieser Einschränkung folgt die Rechtsprechung zu Recht nur teilweise. Ist unmittelbare Ursache der Verzögerung das Fehlen der notwendigen Mittel, um die Leistung rechtzeitig bewirken zu können, hat der Schuldner für diesen Umstand einzustehen³⁾.

bb) Der Begriff "cause étrangère" in Art. 1147 C. civ. ist der Ausgangspunkt einer Mindermeinung, die den Schuldner über den dargestellten Maßstab des Art. 1137 C. civ. hinaus nach Verzugsgrundsätzen haften lassen will. Die Art. 1147, 1148 C. civ. sind danach so zu verstehen, daß höhere Gewalt und Zufall den Schuldner nur insoweit befreien, als die Ursache dieses unvorhersehbaren oder unvermeidbaren Ereignisses nicht in der eigenen Einflußsphäre des Schuldners liegt. Nur bei der Be-

1) unstreitig; teils unmittelbare Anwendung des Art. 1384 C. civ., teils Ableitung dieser Haftung aus Einzelvorschriften des Code civil, die als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu werten sind: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 857 S. 476, Nr. 1141 S. 651; Lalou Nr. 1103 f S. 624 ff; H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 979 ff S. 1026 ff; Becqué, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Rev. trim. 1914, 251 (287); Civ. 31. 12. 1900 S. 1901.1.401; anderer Ansicht: R. Rodière, Y-a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, D. 1952 chr. 79.

2) so Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 389 S. 524 unter Berufung auf Civ. 7. 11. 1893 S. 1896.1.67.

3) Req. 15. 6. 1911 D.P. 1912.1.181; Civ. 11. 4. 1922 D.P. 1925.1.149; Civ. 15. 5. 1945 D. 1946, 35; Com. 18. 1. 1950 D. 1950, 227.

hauptung solcher Tatsachen hat der Schuldner schlüssig eine "cause étrangère" behauptet¹⁾. Diese Meinung beruft sich zum Nachweise der Richtigkeit ihrer Auslegung des Art. 1147 C. civ. auf die Art. 1953, 1954 C. civ.; dort sei diese Verantwortlichkeit des Schuldners für ein Vertragsverhältnis noch einmal eindeutig dargelegt. Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen verstehen den Begriff "cause étrangère" ähnlich. Ein Urteil der Cour de Cassation drückt dies besonders deutlich aus:

"Pour apprécier si certains faits ou événements constituent des cas de force majeure, c'est-à-dire proviennent d'une cause étrangère au débiteur ..., il y a lieu de rechercher par l'examen des circonstances de la cause, si ces faits ou événements sont indépendants de la partie qui les invoque ..."2)

Demgegenüber finden sich aber noch häufiger Entscheidungen, die den Schuldner auch bei solchen zufälligen Ereignissen von jeder Haftung befreien, deren Ursache innerhalb seiner eigenen Einflusssphäre liegt³⁾. Die herrschende Lehre stimmt diesen Entscheidungen zu. Der Begriff

1) Lalou Nr. 396 S. 273; Carbonnier II Nr. 154 S. 512, Nr. 157 S. 521; Ripert et Boulanger II Nr. 806 S. 298 f (sie nehmen in derartigen Fällen also keine "Suspendierung" der Schuld an - vgl. oben S. 58 f. Anm. 3).

2) Civ. 8. 12. 1926 S. 1927.1.44; ähnlich Req. 11. 7. 1899 D.P. 1900.1.374; Req. 15. 6. 1911 D.P. 1912.1.181: Für Krankheit habe der Schuldner immer einzustehen; Trib. com. de la Seine 28. 4. 1931 G.P. 1931.2.75; Trib. civ. de Pau 23. 11. 1951 D. 1952 somm. 55.

3) Civ. 16. 11. 1892 S. 1894.1.509; Req. 9. 12. 1903 S. 1904.1.387; Req. 15. 12. 1908 S. 1909.1.254; Civ. 11. 4. 1922 D.P. 1925.1.149; auch zu schließen aus Civ. 8. 7. 1936 D.H. 1936,554; Bordeaux 24. 11. 1927 G.P. 1928.1.237; Trib. civ. de Metz 8. 2. 1951 D. 1951,306.

"cause étrangère" bedeute nur, daß die Ursache von dem Willen des Schuldners unabhängig sein müsse. Dies treffe beispielsweise auch bei einer plötzlichen nicht vorauszusehenden Erkrankung zu¹⁾.

"Cause étrangère" kann sicherlich in dem einen wie dem anderen Sinne verstanden werden; nur aber die Auslegung der herrschenden Meinung ist mit dem Text des Art. 1148 C. civ. zu vereinbaren, der bei jedem Zufall den Schuldner von der Haftung befreit sehen will. Das Argument aus den Art. 1953, 1954 C. civ. spricht ebenfalls eher für die Richtigkeit einer dem Schuldner günstigen Auslegung der Worte "cause étrangère": Folgte man der Mindermeinung, enthielten sie nur eine überflüssige Konkretisierung des Art. 1147 C. civ. für einen bestimmten Vertragstypus; nur als Ausnahme von der Regel erscheinen die Art. 1953, 1954 C. civ. als sinnvoll.

Da Art. 1147 C. civ. also im Einklang mit Art. 1137 C. civ. auszulegen ist, kommt der Schuldner nur in Verzug, wenn ihn ein Verschulden an der Verzögerung der Leistung trifft oder diese auf seinen unzureichenden wirtschaftlichen Mitteln beruht ("genera non pereunt").

cc) Gleich § 285 BGB liegt gemäß Art. 1147 C. civ. die Beweislast für das Fehlen dieser Voraussetzung bei dem Schuldner²⁾. Dieser wird durch den ihm obliegenden Nachweis einer "cause étrangère" erheblich belastet. Die Be-

1) Demogue VI Nr. 568 S. 616; Fuzier-Herman Art. 1146 Nr. 15 bis; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 837 S. 165 ff; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 853 S. 474; H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 53 S. 65; J. Larguier, La preuve d'un fait négatif, Rev. trim. 1953, 1 (33 unten).

2) Richtiger Auffassung nach ist Art. 1147 C. civ. nur eine Beweislastregel, begründet also materiell keine Vermutung eines Verschuldens: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 847 S. 178; Ripert et Boulanger II Nr. 788 S. 291; Lalou Nr. 440 S. 312 (Art. 1147 als Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes des Art. 1315 Abs. 2 C. civ.).

hauptung einer durch Zufall verursachten Leistungsverzögerung bedingt seinem Wesen nach den Beweis einer negativen Tatsache, nämlich daß dieser Umstand für den Schuldner unvorsehbar und unvermeidbar war¹⁾. Steht es ihm also frei, sein fehlendes Verschulden durch eine von seinem Verhalten unabhängige Schadensursache darzulegen, muß er nach überwiegender Meinung nicht notwendig den wahren Anlaß der Verzögerung nachweisen. Er kann sich ebenfalls mit der Behauptung, sich pflichtgemäß verhalten zu haben, entlasten²⁾. Eine abweichende Meinung hält unter Berufung auf Art. 1302 Abs. 3 C. civ. dieses Vorbringen für unzulässig³⁾. Nur scheinbar steht diese Ansicht im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 1147 C. civ., in Wahrheit läuft diese Auslegung dem Sinn der Vorschrift zuwider. Muß der Schuldner schon bei seiner Entlastung durch den Nachweis einer konkreten, von ihm nicht beeinflussbaren Ursache auch eine negative Tatsache nachweisen, so trifft dies bei seiner Behauptung, er habe sich pflichtgetreu verhalten, im besonderen Maße zu. Art. 1147 C. civ. eröffnet dem Schuldner durch die Möglichkeit, sich auf eine "cause étrangère" zu berufen, einen mittelbaren Beweis für sein fehlendes Verschulden; der unmittelbare Beweis muß ihm daher aber weiterhin offenstehen⁴⁾.

Durch Vereinbarung der Parteien können sowohl der gesetzliche Haftungsmaßstab als auch die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ. abgeändert werden. Eine Vertragsklausel, die eine Milderung der Haftung des Schuldners

1) J. Larguier, Rev. trim. 1953,1 (30 f); Lalou Nr. 440 S. 312.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 861 S. 478.

3) Carbonnier II Nr. 157 S. 524; Soc. 10. 11. 1955 D. 1956 somm. 101.

4) Larguier, Rev. trim. 1953,1 (30 ff).

vorsieht¹⁾, beinhaltet gleichzeitig eine Verlagerung der Beweislast: Der Gläubiger mag nachweisen, daß die Vertragsverletzung zumindest auf einem "faute lourde" des Schuldners beruht²⁾.

d) Das Erfordernis der Mahnung im deutschen und französischen Recht - zur Rechtfertigung des Prinzips "dies non interpellat pro homine".

Ist gemäß Art. 1139 C. civ. für den Verzugseintritt regelmäßig eine Aufforderung des Schuldners zur Leistung erforderlich, bedarf es nach deutschem Recht einer Mahnung nur, wenn die Voraussetzungen des § 284 Abs. 2 BGB ("dies interpellat pro homine") nicht zutreffen. Die unterschiedliche Bedeutung der Mahnung als Verzugsvoraussetzung im französischen und deutschen Recht mag Anlaß sein, die Grundgedanken zu untersuchen, welche zur Verankerung des "dies non interpellat pro homine" im Code civil geführt haben.

1. Art. 1139 C. civ. könnte für einen gewissen Bereich den Grundsatz, nach dem jeder für schuldhafte Schadenszufügung einzustehen hat, einschränken; der Beginn der Ersatzpflicht erst ab Erhalt einer Leistungs-

1) Zulässig, soweit der Schuldner weiter für "dol" und "faute lourde" haftet: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 851 S. 180 f; Soc. 3. 8. 1948 D. 1948,537; Soc. 15. 7. 1949 S. 1950.1.19; anderer Ansicht die früher h.M., die lediglich eine Vereinbarung über die Verlagerung der Beweislast zuließ, nicht aber eine solche über die Milderung des Haftungsmaßstabes des Schuldners: vgl. Ripert et Boulanger II Nr. 866 S. 318.

2) Ripert et Boulanger II Nr. 871 S. 320.

aufforderung des Gläubigers könnte diesen Umfang der Haftung des Schuldners mildern¹⁾. Das deutsche Verzugsrecht könnte eine derartige Wirkung der Mahnung ebenfalls in beschränktem Maße kennen: Ist der Fälligkeitstermin nicht genau bestimmt, bedarf es einer Mahnung selbst dann noch, wenn kein Zweifel möglich ist, daß dieser Zeitpunkt mit Sicherheit versäumt worden ist²⁾; der bis zu dem Zugange der Mahnung entstandene Schaden des Gläubigers wird nicht ersetzt.

In der französischen Lehre zeigen sich Tendenzen, die scheinbar bestreiten wollen, daß durch die Voraussetzung des Art. 1139 C. civ. die Verantwortlichkeit des Schuldners für schuldhaftes Schadenszufügen gemildert wird. Dieser Versuch baut auf dieser Behauptung auf: Der Gläubiger, der den Schuldner nicht zur Leistung auffordere, sei so zu betrachten, als gewähre er ihm eine zusätzliche Frist³⁾. Die weitere Behauptung, der Schuldner sei dann also, zögere er die Befriedigung des Gläubigers hinaus, nicht "en faute", erscheint nur als

1) so H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2270 f S. 395, Nr. 2300 f S. 431 f, Nr. 2351 S. 486; ähnlich Baudry-Lacantinerie et Barde XII Nr. 468 S. 496: es gelte die gesetzliche Fiktion, daß vor dem Zugang der Mahnung dem Gläubiger kein Schaden entstanden sei; in diesem Sinne auch: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 771 S. 82; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 838 S. 467.

2) Fikentscher § 45 II 2 S. 201; Esser § 78, 3 c) S. 337.

3) Fenet XIII S. 231: "... on présume qu'il n'avait pas été dans son intention d'exiger cette livraison au terme"; ähnlich: Ripert et Boulanger II Nr. 844 S. 311, Nr. 1488 S. 551; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 771 S. 82; Carbonnier II Nr. 159 S. 530; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2274 S. 396.

logische Folgerung dieses Gedankens¹⁾. Diese Formulierungen in der Lehre gehen sehr weit: folgerichtig müßten ihre Urheber der Ansicht sein, vor der Mahnung liege auf Grund einer durch den Gläubiger gewährten zusätzlichen Frist tatbestandsmäßig ein "retard" gar nicht vor.

Lediglich David scheint in Wahrheit dieser Auffassung zuzuneigen. Die herrschende Meinung scheint "faute" in diesem Zusammenhange eher im Sinne von "Haftung" verstanden wissen zu wollen. Nach ihrer Ansicht ist der Schuldner stets zu rechtzeitiger Erfüllung verpflichtet. Geht also der geschuldete Gegenstand etwa unmittelbar wegen der schuldhaften Versäumung des Fälligkeitstermines unter, hat der Schuldner für die eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung einzustehen, obwohl ihm eine "mise en demeure" vorher nicht zugegangen ist²⁾. Die Mahnung stellt grundsätzlich den Tatbestand der schuldhaften Leistungsverzögerung nur fest:

"La mise en demeure ... n'a d'autre objet que de faire apparaître le retard dans l'accomplissement de son obligation ..." ³⁾.

Die Unterlassung, rechtzeitig zu erfüllen, ist auch bei Fehlen einer "sommation" bereits ein vertragswidriges Verhalten⁴⁾.

1) so David, Rev. crit. 1939, 95 (101); ähnlich Ripert et Boulanger II Nr. 1471 S. 546 "Le retard ne devient fautif que si le débiteur est en demeure de payer", vgl. auch Nr. 1491 S. 552; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 841 S. 468: es bedarf einer Mahnung "pour qu'il y ait faute du débiteur"; H., L. et J. Mazeaud III Nr. 944 S. 804: "... le vendeur n'est en faute qu'à partir du moment où l'acheteur le met en demeure"; Fenet XIII S. 232: Umkehrschluß aus "On ne saurait douter que le débiteur ne soit en faute, lorsque le fait n'a pas été accompli en temps utile".

2) Civ. 3. 12. 1930 G.P. 1931.1.78; Com. 13. 7. 1953 S. 1954.1.43.

3) Req. 3. 4. 1939 G.P. 1939.2.92; ähnlich H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2269 S. 394: "Le défaut de mise en demeure a pour effet de ne rendre l'auteur de la faute responsable de celle-ci", vgl. auch S. 395.

4) Weill, Rev. crit. 1939, 203 (209); Planiol, Ripert et

Wie nach herrschender französischer Lehre ist die vermeidbare Versäumung des Fälligkeitstermines durch den Schuldner ebenso nach deutschem Recht ein Verstoß gegen die ihm obliegenden Pflichten und zwar auch dann, wenn ihm die für den Verzugsseintritt notwendige Mahnung noch nicht zugegangen ist¹⁾.

Die nur begrenzte Verantwortlichkeit des Schuldners für schuldhafte Schadenszufügung nach deutschem und - weit stärker ausgeprägt noch - französischem Verzugsrecht läßt sich nicht durch den Hinweis widerlegen, dieser verhalte sich bis zu dem Empfange einer Mahnung des Gläubigers vertragstreu.

2. Die Mahnung als Verzugsvoraussetzung findet ihren Grund in anderen allgemeinen Rechtsgedanken.

Mit der an den Schuldner gerichteten Leistungsaufforde-

Esmein VI Nr. 428 S. 576: "... la pensée de l'art. 1146, subordonnant les dommages-intérêts moratoires à la mise en demeure: la bonne foi exige une certaine tolérance en présence du retard, parfois même en cas de faute du débiteur".

- 1) Anders nur: Zitelmann, Selbstmahnung des Schuldners, in Festgabe für Paul Krüger, S. 286 ff: Die Nichtleistung vor Erhalt einer Mahnung ist nicht rechtswidrig; in diesem Sinne vielleicht auch Planck-Siber § 284 Anm. 1;

Ablehnend gegenüber den Gedanken von Zitelmann die h.M.: statt aller Staudinger-Werner § 284 Anm. 13;

Teilweise geht man sogar soweit, den Schuldner wegen der vor dem Verzugsseintritt liegenden Verzögerung nach den Regeln über die positive Forderungsverletzung haften zu lassen: Schneider, Ersatz vorgerichtlicher Mahnkosten, MDR 1959, 899 (901); vgl. auch Staudinger-Werner § 286 Anm. 22; Palandt-Danckelmann § 286 Anm. 2 b; zu Recht aber ablehnend: Erman-Groepper § 284 Anm. 3 b; OLG Köln Betriebsberater 1961, 304.

rung begehrt der Gläubiger die Erfüllung seines Anspruches¹⁾. Der am Fälligkeitstage nicht leistende Schuldner unterläßt pflichtwidrig etwas, wo er hätte handeln müssen²⁾. Sein vertragswidriges Verhalten kann auf einem Vergessen, auf bloßer Nachlässigkeit oder auf einem Irrtum beruhen. In diesem Falle einer Verletzung der Gläubigerinteressen durch Unterlassen kann oft ein entsprechender Hinweis des Berechtigten den Irrtum des Schuldners ausräumen oder ihm seine Verpflichtung zum Bewußtsein bringen³⁾.

Allein der Gedanke, daß der Verstoß gegen eine Pflicht zum Handeln oft anders zu bewerten sein kann als das Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht, rechtfertigt aber nicht die festgestellte Beschränkung des Ersatzanspruches des Gläubigers; auch eine Pflichtverletzung durch Tätigwerden kann auf einer Nachlässigkeit oder einem Irrtum beruhen. Verwirklicht ein Schuldner durch ein rechtswidriges Unterlassen den Tatbestand der Nichterfüllung, haftet er in dem gleichen Umfang wie der Schuldner, der durch eine Handlung die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich macht.

-
- 1) Die Mahnung hat nur mittelbar den Eintritt der Verzugsfolgen zum Ziele, im Grunde soll sie den Schuldner anhalten zu erfüllen: Soc. 17. 10. 1957 D. 1958, 206; Soc. 17. 7. 1962 Bull. civ. 1962 IV 648; Ripert et Boulanger II Nr. 1488 S. 551; Verfehlt ist es daher, den Erfüllungsanspruch von einer Mahnung abhängig zu machen. So aber: Civ. 4. 7. 1957 D. 1957, 668; Rouen 4. 2. 1965 S. 1965 somm. 92; Zu Recht ablehnend: Req. 29. 1. 1930 G.P. 1930.1.587; Civ. 10. 11. 1958 D. 1959, 17.
 - 2) Betonung dieser Eigentümlichkeit bei: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2274 S. 396.
 - 3) vgl. oben S.24f: Obwohl auch bei Unterlassungspflichten tatbestandsmäßig eine Verzögerung der Leistung denkbar ist, gelten für sie weder nach deutschem noch nach französischem Recht die Regeln des Schuldnerverzuges; dort verstößt der Schuldner durch sein Tätigwerden gegen die ihm obliegende Verbindlichkeit.

Es kommt jedoch hinzu, daß der Schuldner oft nicht in der Lage ist, die Bedeutung des Erfüllungstermines für den Gläubiger zu erkennen. Dem Zeitmoment als einer bloßen Leistungsmodalität kann der Anspruchsinhaber einen sehr unterschiedlichen Wert beimessen. Besonders wenn die Vereinbarungen der Parteien schon längere Zeit zurückliegen, kann das Interesse des Gläubigers gerade an pünktlicher Lieferung durchaus nicht mehr bestehen. Selbst wenn ein genauer Fälligkeitstermin ausbedungen war, vermutet das französische im Gegensatz zum deutschen Recht kein fortbestehendes Interesse des Gläubigers an der Einhaltung dieser Frist¹⁾. Dem Umstand, daß der Schuldner die Bedeutung des Zeitmomentes für die Erfüllung seiner Verpflichtung nicht übersehen kann, legten die Gesetzgeber das Code civil für die Bewertung der Pflichtwidrigkeit entscheidende Bedeutung bei²⁾.

Diesen Besonderheiten, welche bei einem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners durch bloße Verzögerung der Erfüllung seiner Verbindlichkeit festzustellen sind, entspricht eine besonders gestaltete Interessenlage auf der Seite des Gläubigers.

Der Inhaber des Anspruches ist es, der eine Änderung der bestehenden Zuordnung der Rechtsobjekte anstrebt. Folglich ist es an ihm, eine Initiative zu ergreifen³⁾.

-
- 1) Fenet XIII S. 231; David, Rev. crit. 1939, 95 (101); Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 838 S. 467; Carbonnier II Nr. 159 S. 530.
 - 2) vgl. im deutschen Recht Esser § 78, 3 S. 337: Die Mahnung als Mittel, dem Schuldner die Rechtserheblichkeit der Verspätung zum Bewußtsein zu bringen.
 - 3) Anknüpfend bei: Marty et Raynaud II Nr. 655 bis S. 678; vgl. auch die These von Jéze (in: Principes généraux du droit administratif, I Nr. 48 f S. 65): Ersatzaussprüche entstehen erst mit der Willensäußerung des Geschädigten, Ausgleich seines Schadens zu verlangen.

Ebenso wie gemäß Art. 1247 C. civ. seine Forderung grundsätzlich nur Holschuld ist, trägt das Erfordernis der Mahnung dem Umstand Rechnung, daß der Gläubiger eine Änderung der Verhältnisse herbeiführen will¹⁾. Unterläßt er es trotz der am Fälligkeitstage ausbleibenden Erfüllung seines Anspruches, auf Leistung zu drängen, verstößt er gegen sein eigenes wohlverstandenes Interesse. Verhält er sich so, darf er nicht erwarten, daß sein Interesse von dem Schuldner gewahrt wird. Der Gläubiger, der unter Umständen bewußt seinen Erfüllungsanspruch nicht verfolgt, darf die Folgen dieses "Verschuldens gegen sich selbst"²⁾ nicht auf den Schuldner abwälzen können. Dieser handelt zwar vertragswidrig, wenn er schuldhaft die Leistung hinauszögert; die Unterlassung des Gläubigers, seine Interessen wahrzunehmen, führt aber dazu, ihm die Folgen dieses Versäumnisses aufzubürden. Anspruch auf Haftung des Schuldners für diese Folgen soll er nur haben, wenn er sein Interesse an rechtzeitiger Erfüllung durch die vorgeschriebene Mahnung kundgetan hat. Der sich lautlos vollziehende Eintritt der Fälligkeit erscheint nach französischem Recht nicht als ausreichender Grund, den Schuldner für die Folgen der Verzögerung haften zu lassen.

Diese Erwägungen könnten es ermöglichen, das Erfordernis der "mise en demeure" nach Art. 1139 C. civ. und beschränkt auch das der Mahnung nach § 284 I BGB auf den allgemeinen Rechtsgedanken des mitwirkenden Verschuldens zurückzuführen³⁾: Der Verstoß des Gläubigers gegen

1) In diesem Sinne: Carbonnier II Nr. 159 S. 530.

2) Zitelmann, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil, S. 152, 166 ff;
Zur Kritik dieses Begriffes: Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 107.

3) Anklingend bei: Weill, Rev. crit. 1939, 203 (209);
Marty et Raynaud II Nr. 655 bis S. 678.

sein eigenes Interesse wiegt derart schwer, daß dieser sich auf die Säumnis des Schuldners nicht mehr berufen kann¹⁾.

Die Beschränkung der Haftung durch das Erfordernis einer vorherigen Mahnung mit dem Gedanken des mitwirkenden Verschuldens oder der "compensatio culpae" zu begründen, scheint nicht den eigentlichen Kern des Problemes zu treffen. Diese Verzugsvoraussetzung könnte eher dem deutschen Institut der "Verwirkung" anzunähern und wie dieses als Ausprägung des Grundsatzes von "Treu und Glauben" anzusehen sein²⁾: Macht der Gläubiger seinen Anspruch nicht geltend, haftet der Schuldner nicht wegen der Verzögerung seiner Leistung; bleibt der Gläubiger fortdauernd untätig, besteht die Möglichkeit, daß er selbst seinen Erfüllungsanspruch verwirkt. Vertraut der Schuldner bei dem Tatbestand der Verwirkung darauf, der Gläubiger werde sein Recht nicht mehr geltendmachen, so vermutet er bei Fehlen jeder Aufforderung zur Leistung, dem Gläubiger komme es auf die alsbaldige Erfüllung nicht an. Da das französische Recht das Interesse des Gläubigers an rechtzeitiger Erfüllung selbst bei genau vereinbartem

-
- 1) Richtiger wäre es, den Gedanken der gemeinrechtlichen "compensatio culpae" anzuwenden: Begreift man die Voraussetzung der Mahnung als eine vorgenommene Mitverschuldensabwägung, hat das Gesetz das Ergebnis dieser Abwägung verallgemeinernd bereits festgelegt; der Gläubiger muß für die Unterlassung der Geltendmachung seiner Forderung allein einstehen. Eine Abwägung des Mitverschuldens nach den Umständen des Einzelfalles ist ausgeschlossen. vgl.: Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 41 Die Verjährung als Ausfluß des Kulpakompensationsprinzips; Weyl, System der Verschuldensbegriffe, S. 614 ff; Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, S. 207 ff; Auch der Code civil enthält Bestimmungen, denen das Prinzip der "compensatio culpae" zugrundeliegt: vgl. z.B. Art. 1599 C. civ.
 - 2) Zur Verwirkung als Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben, nicht als Ausfluß von Gedanken der Abwägung mitwirkenden Verschuldens: Staudinger-Weber § 242 Anm. D. 598, D 594 mit jeweils weiteren Nachweisen.

Fälligkeitstermin nicht vermutet¹⁾, muß in Anwendung der Gedanken der "bonne foi" eine "mise en demeure" erfolgen, ehe der Schuldner für sein pflichtwidriges Verhalten einstehen muß²⁾.

II. Die Folgen der eingetretenen "demeure du débiteur"

a) Der Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens

1. Allgemeine Grundsätze

Der Gläubiger des sich im Verzuge befindlichen Schuldners kann Ersatz des ihm durch die Verzögerung der Leistung entstandenen³⁾ Schadens verlangen (Art. 1146 C. civ.). Sein Anspruch geht nur auf den Schaden, den er nach dem Eintritt der "demeure" erlitten hat; vorherige Einbußen des Gläubigers bleiben ohne Ausgleich⁴⁾. Der nach Ver-

1) siehe oben S.69 Anm.1.

2) so Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 576 (wörtlich zitiert oben S. 66 Anm. 4). Diese Idee klingt für das deutsche Recht bei Fikentscher § 45 II 2 S. 201 und bei Enneccerus-Lehmann § 51 II 2 S. 218 an: Die strengen Verzugsfolgen sind erst dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner noch einmal darauf aufmerksam gemacht worden ist, daß der Gläubiger die Leistung gerade jetzt erwartet.

3) Die Verzögerung muß kausal für den Schadenseintritt sein: Lalou Nr. 257 S. 198 in Verbindung mit Nr. 246 S. 192; Carbonnier II Nr. 155 S. 514; Com. 15. 12. 1948 D. 1949 somm. 17.

4) Demolombe XXIV Nr. 516 S. 513 ff; Weill, Rev. crit. 1939, 203 (208); H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2282 S. 413; Carbonnier II Nr. 159 S. 530; M.-J. Pierrard, J.C.P. 1945.466; a.A. Larombière Art. 1146 Nr. 3, der in Art. 1146 nur eine widerlegbare Beweisvermutung des Inhalts sah, daß dem Gläubiger vor dem Eintritt der "demeure" des Schuldners kein Schaden entstanden sei; heute noch die h.M. ablehnend: Esmein in der Besprechung von Civ. 31. 7. 1946 in J.C.P. 1947 II 3809. Seine Meinung erklärt sich aus den erweiterten Funktionen, die er der "demeure" zuerkennt (vgl. oben S.29 dieser Arbeit).

zugseintritt entstandene Schaden wird gemäß Art. 1149 C. civ. voll ersetzt: der Gläubiger wird für den Verlust und den entgangenen Gewinn entschädigt¹⁾. Die Zubilligung eines "délai de grâce" nach Art. 1244 C. civ. bleibt ohne Einfluß auf diese Wirkung des eingetretenen Schuldnerverzuges²⁾

Für den Umfang der Haftung ist die Schwere des Verschuldens des Verpflichteten grundsätzlich ohne Bedeutung; lediglich wenn es sich um die Verzögerung in der Erfüllung einer Geldschuld handelt, wird dieser Umstand bedeutsam³⁾. Beweispflichtig für das Entstehen des Schadens ist der Gläubiger⁴⁾; ähnlich § 287 ZPO hat der Richter ein weitgehendes Ermessen, den Schaden nach den ihm erkennbaren Umständen zu schätzen⁵⁾. Diese Schätzung wird sich aber leicht auch durch den Grad des Verschuldens des Schuldners beeinflussen lassen⁶⁾.

Nach herrschender Meinung ist dem Gläubiger auch bei Ansprüchen aus der Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Schuldner der "dommage moral" zu ersetzen⁷⁾. Da sich

-
- 1) vgl. Com. 10. 1. 1956 G.P. 1956.1.262; Gesamtschuldner, denen selbst keine "mise en demeure" des Gläubigers zugegangen ist, haften in dem beschränkten Rahmen des Art. 1205 C. civ.
 - 2) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1021 S. 363; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1715 S. 949; Lorans S. 50; Detry S. 21; Req. 3. 1. 1927 D.H. 1927, 33.
 - 3) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2374 S. 507.
 - 4) Civ. 7. 7. 1909 S. 1910.1.371.
 - 5) Civ. 23. 11. 1955 D. 1956 somm. 76; Civ. 11. 12. 1957 D. 1958 somm. 115; vgl. auch Paris 12. 11. 1924 D.H. 1924, 705.
 - 6) vgl. Demante et Colmet de Santerre, Bd. V, Nr. 66 bis S. 95; Demolombe XXIV Nr. 548 S. 546.
 - 7) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 857 S. 186 ff; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 891 S. 497, Nr. 895 S. 499, Nr. 1073 S. 603 ff; H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 329 ff S. 413 ff; a.A. Baudry-Lacantinerie et Barde XII Nr. 480 S. 509.

aber nur selten für den Gläubiger mit der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ein "intérêt moral" verbindet und dieses noch seltener gerade an die Rechtzeitigkeit der Erfüllung anknüpft, wird ein "dommage moral" als Verzögerungsschaden kaum in Betracht kommen. Doch hat eine ältere Entscheidung des Cour de Cassation eine wichtige Möglichkeit auch im Bereich des Verzugsrechts aufgezeigt:

"Attendu que leur traitement, unique ressource de leur existence et de celle de leur famille, a été retenu sans droit; qu'ils en ont éprouvé un état de gêne et de pénurie déplorable ..."¹).

Der Ersatz ist grundsätzlich in Geld zu leisten; ist eine Naturalrestitution ("réparation") möglich, kann der Gläubiger nach neuester Ansicht auch diese verlangen.²⁾

2. Der Umfang des Schadensersatzes bei dem Verzug des Schuldners in der Erfüllung einer Geldschuld

aa) Eine Sonderregelung hinsichtlich des Ersatzes des Verzögerungsschadens trifft Art. 1153 C. civ.: Kommt der Schuldner mit der Erfüllung einer Geldschuld in Verzug, hat er jene von diesem Zeitpunkt ab mit dem gesetzlichen Satz zu verzinsen. Augenblicklich beträgt der gesetzliche Zins im Zivilrecht 4%, im Handelsrecht 5%; mit Erhebung der Leistungsklage erhöhen sich diese Sätze um jeweils eins vom Hundert (Art. 1^{er} du décret du 8 août 1935 modifié par l'art. 1^{er} du décret du 5 août 1959).

1) Req. 12. 11. 1855 S. 1856.1.737; ähnlich Req. 11. 11. 1874 D.P. 1875.1.310;
a.A. Crim. 18. 3. 1853 D.P. 1853.5.167.

2) str., so aber Tunc, Comment réparer, dans une économie de taxation et de rationnement, le préjudice résultant de la perte d'un bien, in D. 1946 chr. 57;
Req. 4. 3. 1947 J.C.P. 1947 IV 70;
a.A. Civ. 4. 6. 1924 S. 1925.1.97 mit abl. Anm. Hugueney.

Ist allgemein der gesamte erlittene Verzögerungsschaden zu ersetzen, so durchbricht Art. 1153 C. civ. diesen Grundsatz in doppelter Beziehung: Der Gläubiger hat Anspruch auf die Verzinsung seiner Forderung selbst dann, wenn ihm durch die Leistungsverzögerung ein Schaden nicht entsteht; ebensowenig kann er eine über diesen Zinssatz hinausgehende Einbuße geltend machen. Art. 1153 C. civ. legt den gesetzlichen Zins gleichzeitig als den Mindest- und Höchstschaten fest. Die Vorschrift beschneidet die Rechte des Gläubigers stärker als es § 288 BGB für das deutsche Recht tut: nach deutschem Recht ist die Geltendmachung eines höheren Schadens nicht ausgeschlossen (§ 288 II BGB).

Dessen Pauschalierung durch Art. 1153 C. civ. findet ihren Grund in der Erwägung, daß Geld als besonders verkehrsfähiges Rechtsobjekt einen allgemeinen, gleichbleibenden Wert hat. Dieser wird dem Gläubiger vorübergehend entzogen, wenn seine Forderung nur verspätet erfüllt wird. Für die Dauer der Verzögerung vermutet das Gesetz daher unwiderleglich einen Verlust des Gläubigers in Höhe dieses Wertes¹⁾. Auf der anderen Seite beschränkt das Gesetz den Ersatz auf diesen Betrag, weil fingiert wird, der Gläubiger könne sich auf dem freien Markt Geld zu dem gesetzlichen Zins besorgen²⁾. Art. 1153 C. civ. sieht den gesetzlichen Zins als den Wert der zeitweisen Nutzung des Geldes an. Daß der Zins diesem Wert angesichts sich stetig wandelnder wirtschaftlicher Gegebenheiten nur selten nahekommt, nimmt das Gesetz in Kauf, um eine einheitliche Regelung zu gewährleisten. Es be-

1) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 878 S. 209 f; Ripert et Boulanger II Nr. 848 S. 312; Civ. 10. 7. 1895 S. 1895.1.312.

2) Planiol, Ripert et Radouant VII aa0; Ripert et Boulanger II Nr. 771 S. 263.

günstigt den Gläubiger durch die Fiktion eines Mindestschadens; dieser Wohltat entspricht auf der anderen Seite die Festsetzung eines Höchstschadens zugunsten des Schuldners¹⁾. Eine Berücksichtigung des wirklichen Schadens würde genaue Ermittlungen und umfangreiche Beweiserhebungen erfordern. Beweisschwierigkeiten würden häufig auftreten, wenn der Gläubiger die beabsichtigte Verwendung des Geldes zur Grundlage für die Schadensberechnung machen könnte²⁾.

bb) Der Grundsatz des Art. 1153 C. civ. kennt aber wichtige Ausnahmen. Der Vorbehalt "sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement", den die Bestimmung selbst macht, deutet dies an.

Derartige "règles particulières" enthalten ausdrücklich Art. 1846 C. civ. (Schadensersatzansprüche der Gesellschafter untereinander), Art. 2028 in fine C. civ. (die Rückgriffsforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner) und die Art. 152 ff C. com., die dem Gläubiger eines durch Wechsel oder Scheck verbrieften Anspruches neben

-
- 1) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 504; vgl. Pothier, Obligations I Nr. 170 S. 149 f, der die Voraussehbarkeit eines höheren Schadens für den Schuldner verneint.

Es mag auch der Gedanke an eine wünschenswerte Gleichbehandlung der Schuldner zu dieser Regelung beigetragen haben; der nur fahrlässig handelnde Schuldner solle im Vergleich zu anderen nicht übermäßig belastet werden: vgl. Balis, Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, Rev. crit. 1934, 97 (98).

- 2) Pothier, Obligations I Nr. 170 S. 149; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 878 S. 209 f; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 903 S. 503; Carbonnier II Nr. 160 S. 535; vgl. auch Balis, Rev. crit. 1934, 97 (98): Der Gläubiger konnte jeweils ihm günstige Tatsachen behaupten, ihm ungünstige unterdrücken.

den Verzögerungszinsen noch Ersatz der ihm entstandenen Kosten gewähren. Diese Ausnahme wird als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes angesehen: Nicht nur der Wechsel- oder Scheckgläubiger, sondern jeder Inhaber einer Geldforderung soll im Verzögerungsfalle neben den Verzugszinsen die Mahnungskosten erhalten¹⁾.

Eine allgemeinere Ausnahme enthält Art. 1153 Abs. 4 C. civ.; liegen die Voraussetzungen dieses durch Gesetz vom 7. April 1900 eingefügten Absatzes vor, kann der Gläubiger Ausgleich des gesamten Verzögerungsschadens verlangen, ohne auf den gesetzlichen Zins beschränkt zu sein.

Dann müßte

- a) der Schuldner den Schaden "par sa mauvaise foi" verursacht haben und
- b) es sich bei diesem um einen "dommage indépendant du retard" handeln.

Die Bestimmung verlangt auf seiten des Schuldners ein besonders geartetes Verschulden an der Leistungsverzögerung²⁾. Der Schuldner hat den Schaden des Gläubigers

-
- 1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2338, 2338-2 S. 469; scheinbar auch Civ. 2. 12. 1929 G.P. 1930.1.45; Zum Stand der Streitfrage im deutschen Recht siehe oben S. 67 Anm. 1 letzter Absatz.
 - 2) Eine Mindermeinung möchte der in Art. 1153 geforderten "mauvaise foi" keine Bedeutung beilegen. Sie beruft sich auf die Vorgeschichte, die zu der Einfügung dieser Vorschrift geführt hat. Bereits vor dem Gesetz vom 7. 4. 1900 hatte die Rechtsprechung dem Gläubiger durch Anwendung der deliktischen Regeln einen über Art. 1153 hinausgehenden Schadensersatz zugesprochen. Zwar ging eine dieser zu Art. 1153 a.F. ergangenen Entscheidungen von einem besonders schweren Verschulden des Beklagten aus (vgl. Civ. 29. 6. 1896 D.P. 1897.1.123), doch durchbrachen andere den Grundsatz des Art. 1153 C. civ. bereits bei nur leicht fahrlässiger Verzögerung der Erfüllung (Req. 1. 2. 1864 S. 1864.1.62; Civ. 18. 7. 1888 D.P. 1889.1.97; Civ. 3. 5. 1897 S. 1897.1.319). Mit Hinweis auf einen Ausschußbericht (Labiche, Rapporteur de la commission, Journal Officiel, Documents parlementaires, Sénat 1899 Annexe Nr. 156 S. 387) verweisen zahlreiche

stets durch seine "mauvaise foi" verursacht, wenn er trotz bestehender Möglichkeit, rechtzeitig zu erfüllen, vorsätzlich nicht termingerecht geleistet hat¹⁾. Die überwiegende Meinung bejaht die "mauvaise foi" bereits bei jeder durch "faute lourde" verursachten Verzögerung²⁾.

Autoren darauf, daß lediglich beabsichtigt war, diese Rechtsprechung in das Gesetz zu übernehmen (Ripert et Boulanger II Nr. 854 S. 314; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 505; Carbonnier II Nr. 160 S. 537). Ripert und Boulanger (aaO) folgern, die Formulierung "mauvaise foi" in Art. 1153 sei daher bedeutungslos, da der Gesetzgeber der seinerzeit geübten Rechtsprechung Gesetzesrang geben wollte.

Bereits der Ausgangspunkt dieser Ansicht scheint unrichtig zu sein. Labiche zitierte zwar die Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts, doch deuten Begriffe in seinem Bericht wie "la résistance calculée et sans excuse du débiteur" und "la faute intentionnelle de son débiteur" (vgl. Labiche, aaO, S. 389) darauf hin, daß man bereits damals einen umfassenden Schadenersatzanspruch nur beschränkt zulassen wollte. Auf diesem Standpunkt steht heute auch die weitaus herrschende Meinung (Carbonnier II Nr. 160 S. 537; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 504 f; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 879 S. 211; Marty et Raynaud II Nr. 522 S. 569; Civ. 7. 5. 1924 G.P. 1924.2.139; Civ. 29. 3. 1943 D.A. 1943,37; Civ. 19. 2. 1962 Bull. civ. 1962 I 92; Cons. d'Etat 28. 7. 1951 S. 1952.3. 25; Com. 28. 5. 1963 Bull. civ. 1963 III 212; a.A. noch Req. 10. 1. 1910 D.P. 1911.1.370.

In dem französisch-italienischen Projet de Code des obligations et des contrats findet sich die Voraussetzung des "mauvaise foi" aber nicht mehr (vgl. Art. 102 Abs.3 des Entwurfes), (Paris 1929).

- 1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 S. 470; Carbonnier II Nr. 159 S. 534 verlangt darüber hinaus noch auf der Seite des Schuldners das Bewußtsein, dem Gläubiger ein Unrecht zuzufügen; ähnlich auch Demogue VI Nr. 403 S. 447 f.
- 2) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 879 S. 211; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 Anm. 1 S. 470, Nr. 2374 S. 507; Com. 19. 11. 1952 S. 1953.1.115.

Für die Darlegung der "mauvaise foi" steht dem Gläubiger nicht mehr die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ. zur Seite; ihm obliegt nunmehr der Nachweis des besonders schweren Verschuldens des Schuldners an der Leistungsverzögerung¹⁾. Diese Voraussetzung des Art. 1153 Abs. 4 C. civ. enthält also für den Gläubiger neben dem materiellen Erschwernis ein prozessuales, das seine Möglichkeit, Ersatz weiteren Schadens über den Pauschalzins hinaus zu erhalten, weiter beschränkt.

Bei dem begehrten Ausgleich muß es sich nach dem Wortlaut des Art. 1153 Abs. 4 C. civ. weiterhin um einen "dommage indépendant du retard" handeln. Die Auslegung dieses Begriffes bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Seine wörtliche Interpretation führt zu einem widersinnigen Ergebnis: Ein vom Verzuge unabhängiger Schaden wird nach allgemeinen Regeln stets ersetzt, falls der Verletzer ihn schuldhaft verursacht hat; gemäß Art. 1153 Abs. 4 C. civ. wäre der Ersatz entgegen diesem allgemeinen Grundsatz von einem besonderen Verschuldensgrad, der "mauvaise foi", abhängig, wenn dem Schuldner eine weitere Pflichtwidrigkeit, nämlich die Verzögerung einer geschuldeten Leistung vorzuwerfen ist. Dieser Widersinn²⁾ ist der Anlaß einer großzügigeren Auslegung des Erfordernisses eines "dommage indépendant du retard" durch Lehre und Rechtsprechung.

Der Schaden, den der Gläubiger durch die Verzögerung der ihm geschuldeten Leistung erleide, lasse sich in zwei Gruppen unterteilen. Auf der einen Seite entstehe ein Verlust, dessen Höhe unabhängig sei von den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers und den Anstalten,

1) Civ. 2. 6. 1947 G.P. 1947.2.107.

2) Montel, Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent, Rev. trim. 1932, 1017 (1023).

die er für die Verwendung des ihm geschuldeten Geldbetrages bereits gemacht hat: sein Geld lasse sich für die Dauer des Ausbleibens der Erfüllung nicht verzinslich anlegen. Dies sei der "abstrakte, konstante" Schaden. Neben diesem entstehe oft auch ein "konkreter, variabler" Schaden. Er beruhe auf dem Umstand, daß der Gläubiger weitere Einbußen deshalb erleiden könne, weil er das Geld wegen der Verspätung der Zahlung nicht oder nur nicht sofort in der vorgesehenen gewinnbringenden Weise anlegen konnte. Soweit der Gläubiger Ersatz dieses konkreten, variablen Schadens verlange, sei dieser "dommage indépendant du retard" im Sinne des Art. 1153 Abs. 4 C. civ.

Diese Unterteilung des Verspätungsschadens in zwei Elemente geht auf Carbonnier zurück¹⁾. Jener ging aber von einer Dreiteilung aus: Als dritte Gruppe sah er die Fälle des "abus de droit" an; dort war seiner Auffassung nach in der Tat eine von der Verzögerung der Leistung verschiedene Schadensursache gegeben: Veranlasse der Schuldner durch das in Schädigungsabsicht geschehene Hinauszögern der Erfüllung einen kostspieligen Prozeß des Gläubigers, seien diese Verfahrenskosten als von der Leistungsverzögerung unabhängiger Schaden zu betrachten²⁾.

1) Carbonnier II Nr. 160 S. 537 f.

2) Der Ausgangspunkt der Lehre vom "abus de droit" ist der folgende: Nach französischem Kostenrecht erhält der Kläger auch im Falle des vollständigen Obsiegens nicht die "honoraires" seines "avocat" ersetzt. Diese wie jeden weiteren Schaden, der ihm dadurch entsteht, daß der Schuldner ihn auf den Weg der Klage verweist, kann der Gläubiger nur erstattet verlangen, wenn das Verhalten des Verpflichteten als "abus de droit" zu werten und dieser deshalb zum Schadensersatz verpflichtet ist. Vgl. H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2434-2 S. 594; Req. 15. 4. 1908 D.P. 1908.1.423; Civ. 16. 11. 1936 S. 1937.1.67; Civ. 10. 3. 1961 Bull. civ. 1961 II 152;
Siehe aber zu den strengen Anforderungen, die an die Annahme eines "abus de droit" anzulegen sind: H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 591 S. 663 ff; Civ. 8. 6. 1931 S. 1931.1.332; Civ. 1. 3. 1932 D.H. 1932,201; Req. 17. 1. 1933 D.H. 1933,116.

Die herrschende Lehre hat die Dreiteilung von Carbonnier zu Recht vereinfacht. Auch die Einbuße des Gläubigers als Folge eines "abus de droit" sei ein konkreter, variabler Schaden, da auch er letztlich auf dem vorübergehenden Ausbleiben der Zahlung beruhe¹⁾. Die grundsätzliche Einigkeit über die Notwendigkeit, wegen der Vorschrift des Art. 1153 Abs. 4 C. civ. bei dem Verzögerungsschaden zwei Hauptelemente zu unterscheiden, kann nicht über die bestehende Schwierigkeit hinwegtäuschen, diese voneinander abzugrenzen. - Teils rechnet man dem konkreten, variablen Schaden nur die Einbuße zu, die der Gläubiger über den normalen Zinsverlust hinaus erleidet, weil er einen möglichen besonderen Gewinn wegen der Leistungsverzögerung des Schuldners nicht erzielt hat; ein besonderer Verlust, der ihm durch die Vorenthaltung des Geldes auf Grund seiner persönlichen Verhältnisse entsteht, soll nicht zu diesem Schaden gehören. So soll in Anwendung dieser Merkmale ein "dommage indépendant du retard" fehlen, wenn der Gläubiger wegen der verspäteten Zahlung in Konkurs fällt, an Kreditwürdigkeit verliert²⁾. - Die neuere Rechtsprechung und ein anderer Teil der Lehre lehnen eine solche Auslegung des Art. 1153 Abs. 4 C. civ. ab. Jeder außergewöhnlich hohe Schaden des Gläubigers falle unter diese Vorschrift. Die Unterscheidung der anderen Ansicht entbehre ihres Sinnes. Handele der Schuldner in "mauvaise foi" vertragswidrig, sei dem Gläubiger auch der Schaden zu ersetzen, der ihm infolge seiner persönlichen Verhältnisse erwachse; der Ver-

1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 Anm. 4 S. 471; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 504 f; mit Einschränkungen auch Demogue VI Nr. 403 S. 447.

2) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 879 S. 211; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 505; Civ. 14. 2. 1911 D.P. 1911.1.216.

pflichtete hat beispielsweise für die Folgen der von ihm verursachten Konkurseröffnung einzustehen¹⁾.

Diese großzügige Auslegung des Begriffes "dommage indépendant du retard" wirft die Frage auf, ob dieser Voraussetzung noch eine echte Bedeutung zukommt. Es könnte scheinen, daß von ihr nunmehr jeder über den Pauschalzins hinausgehende Schaden des Gläubigers erfaßt wird. Eine derartige Annahme könnte sich auf Entscheidungen der jüngsten Zeit stützen:

"..., dans les obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts résultant du retard se réduisent aux intérêts moratoires, sauf mauvaise foi du débiteur"²⁾.

Die fehlende Erwähnung der weiteren Voraussetzung des Art. 1153 Abs. 4 C. civ. könnte auf den Verzicht der Rechtsprechung schließen lassen, weiterhin innerhalb des Verspätungsschadens zu differenzieren. Ein solcher Schluß ist aber angesichts anderer Urteile, die zumindest abstrakt einen "dommage indépendant du retard" fordern³⁾, nicht gerechtfertigt. Nicht jeder über den gesetzlichen Zins hinausgehende Schaden des Gläubigers wird ersetzt. Der Gesetzgeber hat durch die Fassung des Art. 1153 C. civ. klargestellt, daß selbst bei der "mauvaise foi" des Schuldners nicht jede durch die Vorenthaltung des Geldes entstandene Einbuße des Gläubigers ausgeglichen werden soll. Art. 1153 Abs. 1 C. civ. regelt abschließend den Ersatz des "abstrakt, konstan-

1) Carbonnier II Nr. 160 S. 538; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 S. 470;
Civ. 7. 5. 1924 S. 1925.1.78; Trib. com. de la Seine 30. 9. 1958 G.P. 1958.2.260.

2) Com. 28. 5. 1963 Bull. civ. 1963 III 212;
ebenso Soc. 31. 5. 1960 Bull. civ. 1960 IV 449;
Civ. 19. 2. 1962 Bull. civ. 1962 I 92;
vgl. auch H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 S.470.

3) Civ. 14. 2. 1911 D.P. 1911.1.216; Civ. 29. 3. 1943 D.A. 1943,37; Com. 30. 4. 1963 Bull. civ. 1963 III 176.

ten" Schadens¹⁾. Dieser gilt durch die Verzinsung der Forderung als abgegolten. Daher ist die Geltendmachung jedes höheren Schadens ausgeschlossen, der auf dem Umstand beruht, daß der gesetzliche Zins nicht den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht²⁾.

Zum Teil wird der dem Gläubiger gemäß Art. 1153 Abs. 4 C. civ. zugebilligte Ausgleich als "dommages-intérêts compensatoires" angesehen³⁾. Diese Auffassung fußt auf der Vorgeschichte dieser Bestimmung. Die Entscheidungen, die den Anlaß zu ihrer Einfügung in den Code civil gaben⁴⁾, waren durch Anwendung des Art. 1382 C. civ. zu

1) Zum Begriff siehe oben S. 80.

2) Ob daher Kaufkraftverluste als "dommage indépendant du retard" zu ersetzen sind, erscheint zweifelhaft.

Bejahend: Amiens 9. 11. 1948 G.P. 1948.2.250; Trib. civ. de Metz 31. 7. 1952 G.P. 1952.2.380; scheinbar auch Soc. 19. 11. 1953 D. 1954,361; Carbonnier II Nr. 160 S. 538;

Unter Berufung auf den "cours forcé" (Art. 1895 C. civ.) und auf die daraus abzuleitende gesetzliche Fiktion, daß Geld einen stets gleichbleibenden Wert behält, zu Recht verneinend: Pont l'Evêque 10. 1. 1952 J.C.P. 1952 II 7020; Meurisse, La réparation du dommage causé par une perte d'argent, G.P. 1955.2. Doctrine S. 56; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2420-4 S. 562 f;

Bei Wechselkursverlusten auf Grund verspäteter Erfüllung einer Geldschuld wird dagegen zu Recht ein Ersatzanspruch des Gläubigers bejaht: Béquignon, La dette de monnaie étrangère, thèse S. 165 f; H. et L. Mazeaud et Tunc aa0; schwankend zu dieser Frage: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 880 S. 212.

3) Civ. 2. 12. 1925 G.P. 1926.1.293; Civ. 20. 2. 1928 G.P. 1928.2.45; Cons. d'Etat 28. 7. 1951 S. 1952.3. 25; Com. 19. 11. 1952 S. 1953.1.115; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 905 S. 504.

4) vgl. dazu oben S.77 Anm.2.

einer Auflockerung des strengen Grundsatzes des Art. 1153 a.F. C. civ. gekommen. Da einem Schadensersatzanspruch aus Delikt eine endgültige Zuwiderhandlung zugrundeliegt, ist die auszugleichende Einbuße in ihrem Wesen nach dem Nichterfüllungsschaden vergleichbar¹⁾. - In Wahrheit ist der nach Art. 1153 Abs. 4 C. civ. zu ersetzende Verlust eine Folge der Verzögerung der Leistung; die Bestimmung regelt für diesen Fall der Vertragsverletzung besonders die Haftung des Schuldners. Der nach dieser Vorschrift zu leistende Schadensersatz ist daher "dommages-intérêts moratoires"²⁾. Als solcher wird er im Gegensatz zu den "dommages-intérêts compensatoires" erst geschuldet, wenn der Verpflichtete in Verzug gesetzt worden ist, und nur insoweit, als der Schaden nach dem Verzugseintritt entstanden ist.

Außer durch die dargestellten gesetzlichen Einschränkungen des Art. 1153 Abs. 1 C. civ. kann dessen Wirkung auch durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Auch können sich die Parteien über einen höheren als den gesetzlichen Zinssatz einigen; insoweit findet die Vertragsfreiheit aber eine Grenze in dem Gesetz vom 8. August 1935, das jeden Zins als wucherisch verbietet, der den üblichen Kreditzins um mehr als die Hälfte übersteigt³⁾.

Das Gesetz kennt auch eine Einschränkung des für den Gläubiger günstigen Teiles des Art. 1153 Abs. 1 C. civ.: jener kann als Mindestschaden nicht den gesetzlichen Zins verlangen, wenn es sich um den Verzug des Schuld-

-
- 1) Lalou Nr. 63 S. 35 f, Nr. 73 S. 39;
Zu dem Konkurrenzverhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung siehe oben S.6 Anm.2.
 - 2) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2340 S. 470 f;
Carbonnier II Nr. 160 S. 537 f: in den Fällen des "abus de droit" scheint er aber auch "dommages-intérêts compensatoires" zusprechen zu wollen (vgl. oben S.80).
 - 3) siehe die weitere Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Gesetz vom 3. 9. 1807 - zur Zeit suspendiert -; dazu Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 906 S. 505 f.

1154 C. civ. werden dann die aufgelaufenen Zinsen bei jeder Saldierung kapitalisiert¹⁾. Dogmatisch hat man dies zu rechtfertigen versucht, indem man in der Vereinbarung einer derartigen Verrechnungsform gleichzeitig eine Abbedingung des Art. 1154 C. civ. sah²⁾. Nach Hamel hat der Gesetzgeber durch die Zulassung des Kontokorrentverhältnisses eine gesetzliche Ausnahme zu Art. 1154 C. civ. geschaffen: diese Verrechnungsform bedinge den Verlust der Selbständigkeit der eingefügten Rechnungsposten; die Verzinsung dieser rechtlich unselbständigen Forderungen lasse sich nicht mehr nach den Art. 1153, 1154 C. civ. beurteilen³⁾

3. Zur Zuerkennung des erst künftig eintretenden Verzögerungsschadens

aa) Die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen für Verstöße gegen die Rechtsordnung haben neben ihrer eigentlichen Funktion, dem Geschädigten Ausgleich für erlittene Einbußen zu gewähren, eine vorbeugende Wirkung: Durch den Hinweis auf die möglichen Folgen einer Verletzungshandlung soll jedes Rechtssubjekt mittelbar zu pflichtgemäßem Verhalten angehalten werden.

Diese Folgen lassen sich dahingehend ausgestalten, daß der vorbeugende Charakter der Regelung besonders in den Vordergrund tritt. Ein solches Bedürfnis besteht im Verzugsrecht deshalb, weil die Pflichtverletzung des

1) Req. 12. 6. 1876 D.P. 1878.1.151; Civ. 30. 7. 1928 D.P. 1930.1.24; Civ. 21. 7. 1931 D.P. 1932.1.49 mit zust. Anm. Hamel; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 911 S. 508; Art. 1154 gilt erst wieder für den Abschlußsaldo, der nicht erneut als erster Rechnungsposten Eingang in das Kontokorrentverhältnis findet: Civ. 30. 7. 1928 aa0; Hamel aa0; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 892 S. 224.

2) Aubry et Rau IV § 308 S. 144 Anm. 20.

3) Hamel aa0.

Schuldners andauert und die Erfüllung der Hauptpflicht noch aussteht. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens (Art. 1146 C. civ.) könnte besonders auf dieses Ziel hin ausgeprägt sein. Könnte der Gläubiger bereits den bei weiterem Ausbleiben der Leistung in Zukunft entstehenden Schaden einklagen, könnte sich der Schuldner im Angesicht der auf ihn zukommenden Ersatzpflicht bemüßigt fühlen, sein vertragswidriges Verhalten aufzugeben und zu erfüllen.

Lalou¹⁾ läßt ein derartiges Vorgehen des Gläubigers nur unter erheblichen Einschränkungen zu: Der künftige Schaden muß bereits im Zeitpunkte der Entscheidung meßbar sein und muß weiterhin an einen bereits vorhandenen anknüpfen. - Die herrschende Meinung ist großzügiger. Sie fordert nur die Gewißheit des künftigen Eintrittes eines Schadens und die Feststellbarkeit seiner Höhe im Zeitpunkt der Zuerkennung²⁾. Entgegen Lalou ist es nicht erforderlich, daß die künftige Einbuße die Fortentwicklung einer bereits bestehenden sein muß³⁾. Was die Notwendigkeit der Feststellbarkeit der künftigen Schadenshöhe angeht, reicht es bereits aus, wenn der zu erwartende Verlust in einer gewissen Mindesthöhe sicher eintreten wird⁴⁾. Wird einem Gläubiger der ihm künftig entstehende Schaden zugesprochen, dann beabsichtigt das

1) Lalou Nr. 139 f S. 88.

2) Req. 1. 6. 1932 S. 1933.1.49 mit zust. Anm. H.Mazeaud; Req. 11. 2. 1946 S. 1946 Table 29; Civ. 19. 3. 1947 D. 1947,313; Soc. 30. 11. 1950 J.C.P. 1951 II 6089; Soc. 10. 3. 1955 D. 1956 somm. 2; H. et L. Mazeaud et Tunc I Nr. 216 f S. 270 ff, III Nr. 2079 S. 186; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 895 S. 499.

3) Req. 11. 11. 1940 J.C.P. 1941 II 1654; Req. 11. 2. 1946 aa0; H. Mazeaud, Anm. zu Req. 1. 6. 1932 aa0; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 792 S. 108.

4) Fréjaille, La valeur pratique de l'astreinte, J.C.P. 1951 I 910; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2426 S. 584.

Gericht damit nicht allein, dessen auf dem Verzuge beruhende Einbuße sobald als möglich auszugleichen; es will den Schuldner mittelbar zur Erfüllung seiner Verpflichtung anhalten. Dem Schuldner wird es dann oft ratsam erscheinen, alle Anstrengungen zu unternehmen, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, um der drohenden Ersatzpflicht zu entgehen. Dem Gläubiger ist dieses Vorgehen vor allem zu empfehlen, wenn eine unmittelbare Zwangsvollstreckung seines Anspruches wegen der Natur der Schuld nicht möglich ist.

bb) Weit stärker auf dieses Ziel, den Schuldner zu pflichtgemäßem Verhalten anzuhalten, ist die "astreinte" ausgerichtet¹⁾. Im Einzelfall abzugrenzen, ob das Gericht den zukünftig dem Gläubiger entstehenden Schaden zugesprochen oder zu dem Mittel der "astreinte" gegriffen hat, fällt angesichts der verschiedenen Erscheinungsformen der "astreinte", der sich daraus ergebenden terminologischen Schwierigkeiten und des bestehenden Streitens über das Wesen der "astreinte" schwer. Die "astreinte" ist die Verurteilung eines Schuldners zur Zahlung einer festen, manchmal sogar progressiven Summe an den Gläubiger meist für jeden Tag der Verzögerung in der Erfüllung der Hauptleistung. Sie ist von der Rechtsprechung entwickelt worden, um in den Fällen, in denen die Erfüllung der Leistung von der Bereitschaft des Schuldners abhängt²⁾, auf dessen Willen mittelbar einwirken zu können. Deshalb kommt der "astreinte", obwohl sie nicht etwa Verzugsfolge ist, im Rahmen des Rechtes der Leistungsverzögerungen eine ähnliche Bedeutung zu wie der Möglichkeit, den künftig entstehenden

1) Zur Entwicklung und zu dem Wesen der "astreinte" vgl. Grossfeld, Die Privatstrafe, S. 22 ff.

2) vgl. besonders bestimmte Erscheinungsformen der "obligations de faire": siehe oben S.25 - 28.

Schaden zuzusprechen¹⁾.

Vor dem Versuch, diese beiden Wege voneinander abzugrenzen, bedarf es einer terminologischen Erklärung: Die Rechtsprechung spricht oft von einer "astreinte", wenn in Wahrheit künftiger Verzögerungsschaden zuerkannt wird; dies ist der Fall, wenn von einer "astreinte compensatoire"²⁾, einer "astreinte indemnitaire" oder einer "astreinte dommages-intérêts"³⁾ die Rede ist. Selbst bei Ausspruch einer "astreinte-non comminatoire"⁴⁾ handelt

-
- 1) Der Anwendungsbereich der "astreinte" deckt sich nicht mit dem der "demeure". Die "astreinte" wird etwa auch ausgesprochen, wenn es darum geht, den Schuldner von der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit abzuhalten (vgl. etwa die Fallgestaltungen oben S.29; siehe auch Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 788 S. 100 f; s. auch Paris 14. 5. 1964 S. 1965,241). Enger gegenüber der "demeure" ist das Anwendungsgebiet der "astreinte" insofern, als sie nicht gegen den Schuldner verhängt werden kann, gegen den die Forderung unmittelbar durch Betreiben der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden kann (z.B.: eine Speziessache, eine Geldschuld bildet den Gegenstand der Schuld; s. Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 788 S. 98; Civ. 28. 10. 1918 S. 1918-19.1.89; a.A. Com. 17. 4. 1956 J.C.P. 1956 II 9330 mit zust. Anm. v. Vellieux.
 - 2) Anm. zu Civ. 14. 3. 1927 G.P. 1927.1.706; Montpellier 5. 2. 1948 S. 1948.2.108.
 - 3) P. Kayser, L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, Rev. trim. 1953,209 (211).
 - 4) Die "astreinte-non comminatoire" spricht im Gegensatz zur "astreinte comminatoire" bereits eine endgültige Verurteilung des Schuldners aus. Zur Kritik an dieser Terminologie vergleiche Holleaux, Anm. zu Civ. 29. 10. 1959 D. 1959,537: Da beide Formen der astreinte eine androhende Wirkung haben, schlägt er die Unterteilung "astreinte définitive" - "astreinte provisoire" vor.

es sich nach herrschender Meinung ebenfalls lediglich um die Zuerkennung des künftig entstehenden Verzögerungsschadens¹⁾. Obwohl diese Formen der "astreinte" im Grunde wesensgleich mit der eingangs erwähnten Zuspprechung künftigen Schadensersatzes sind²⁾, führt die Absicht des Richters, den Schuldner mittelbar zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten, oft dazu, den entstehenden Schaden zugunsten des Gläubigers großzügig zu bemessen³⁾; diese Handhabung der Schadensschätzung wird oft Anlaß für den Schuldner sein, von seinem vertragswidrigen Verhalten Abstand zu nehmen. Da diese Formen der "astreinte" im Grunde auch dem Gläubiger lediglich den ihm künftig entstehenden Schaden zuerkennen, gilt es, diese Gruppe von der echten "astreinte" abzugrenzen.

-
- 1) Soc. 30. 11. 1950 J.C.P. 1951 II 6089 mit zust. Anm. Fréjaville; Soc. 13. 4. 1951 G.P. 1951.1.347: diese Entscheidung spricht richtigerweise von einer "astreinte définitive"; Civ. 2. 2. 1955 Bull. civ. 1955 I 50; Soc. 13. 6. 1958 D. 1958 somm. 128; Civ. 29. 12. 1958 Bull. civ. 1958 I 474; Civ. 16. 2. 1959 J.C.P. 1959 IV 29; Soc. 24. 2. 1960 D. 1960 somm. 80; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 795 bis S. 113 f; Fréjaville, La loi du 21 juillet 1949 sur les astreintes en matière d'expulsions, J.C.P. 1949 I 792 Nr. 6;
Dagegen für die Zulässigkeit einer "astreinte-non comminatoire" ohne Beziehung zu dem künftigen Schaden eintretend: Trib. civ. de Pont l'Evêque 10. 12. 1942 D.C. 1943, 119; Trib. civ. de Quimper 5. 3. 1946 J.C.P. 1946 II 3079; Trib. civ. de la Seine 7. 11. 1947 D. 1948, 135; P. Mazeaud, Anm. zu Cour d'Appel de Paris in J.C.P. 1961 II 12146.
 - 2) Civ. 14. 3. 1927 G.P. 1927.1.706; Req. 11. 11. 1940 J.C.P. 1941 II 1654; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 936 S. 521; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2502 S. 639 f.
 - 3) Civ. 29. 12. 1958 Bull. civ. 1958 I 474: "On ne saurait faire grief aux juges du fond d'avoir prononcé une condamnation à une astreinte non comminatoire, sans donner aucun motif ni justifier la somme allouée, dès lors qu'en statuant ainsi ceux-ci ont souverainement estimé le montant du préjudice dont l'existence est suffisamment justifiée par l'évaluation qui en est donné";
ähnlich Civ. 2. 2. 1955 Bull. civ. 1955 I 50; Civ. 31. 1. 1957 Bull. civ. 1957 II 59; vgl. Civ. 12. 2. 1964 J.C.P. 1964 IV 45; Civ. 30. 6. 1964 J.C.P. 1964 IV 117.

Um eine solche handelt es sich bei der "astreinte comminatoire". Bei ihr hat die zunächst ausgesprochene Verurteilung nur vorläufigen Charakter. In dieser ersten Phase erfolgt die Festsetzung unabhängig von der Höhe des künftig eintretenden Schadens¹⁾. Die "astreinte comminatoire" bedarf aber noch der endgültigen Bemessung; diese zweite Phase bezeichnet man als die "liquidation" der "astreinte". Die "liquidation" erfolgt, wenn über das Schicksal des Hauptanspruches, dessen Erfüllung durch die "astreinte" mittelbar erzwungen werden sollte, entschieden ist. Hat also der Schuldner geleistet oder steht seine Nichterfüllung fest²⁾, setzt der Richter auf Antrag des Gläubigers den endgültig von dem Schuldner zu zahlenden Betrag fest³⁾. Streit herrscht darüber, ob der Richter die aufgelaufene "astreinte comminatoire" nur in Höhe des dem Gläubiger wirklich entstandenen Schadens zusprechen oder ob er sich bei der Festsetzung auch von anderen Momenten leiten lassen kann.

Die ältere Rechtsprechung hat zu dieser Frage nicht eindeutig Stellung bezogen; die Entscheidungen begründen ihre Bemessung meist mit der Notwendigkeit des Ausgleichs der Einbuße, die der Gläubiger erlitten hat, sie scheinen in Wahrheit aber oft einen Betrag zuzusprechen, der über den tatsächlichen Schaden hinausgeht⁴⁾.

1) unstr.; statt aller: Carbonnier II Nr. 227 S. 798 f.

2) Dann hat die "liquidation" zu erfolgen: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 791 S. 106.

3) Dabei kann von der vorläufigen Festsetzung nach beiden Seiten hin abgewichen werden: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 791 S. 105; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 937 S. 521 f, Nr. 940 S. 524; die "astreinte" kann sogar ganz entfallen: Req. 14. 6. 1920 D.P. 1921.1.195.

4) vgl. die Darstellung bei Grossfeld, S. 30 ff und die dortigen Nachweise.

Jüngste Entscheidungen bemühen sich stärker um die Klärung, ob die "liquidation" der "astreinte comminatoire" in Höhe des Schadens des Gläubigers zu erfolgen hat oder ob sie über diese Grenze hinausgehen darf. Die Analyse dieser Bemühungen der Rechtsprechung ergibt, daß ebenso wie in der Lehre auch unter den beiden Sektionen der Zivilkammer des Cour de Cassation eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit in dieser Frage besteht.

Die erste "section civile" dieses Gerichts leugnet jede Beziehung der "astreinte" zum Schadensersatz: Sie ist ein Beugemittel gegenüber dem treuwidrig handelnden Schuldner und

"est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés"¹⁾.

Die zweite "section civile" verlangt in Einklang mit weiten Teilen der Lehre, dem Gläubiger die "astreinte" bei ihrer "liquidation" nur in Höhe seines Schadens zuzusprechen²⁾.

-
- 1) Civ. (1^{re} sect.) 5. 11. 1963 J.C.P. 1963 IV 169; ähnlich: Civ. (1^{re} sect.) 20. 10. 1959 D. 1959, 537 mit zust. Anm. Holleaux; Civ. (1^{re} sect.) 20. 1. 1960 J.C.P. 1960 II 11483; Zustimmend: Lalou Nr. 141 S. 90; Carbonnier II Nr. 227 S. 799; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2500-2 S. 635, Nr. 2502 S. 639; Marty et Raynaud II Nr. 679 S. 700 f;

Teilweise behandelt man die "astreinte" völlig selbständig neben dem Ersatzanspruch auf Grund der Leistungsverzögerung. Neben der "liquidierten" astreinte kann der Gläubiger auch noch den ihm entstandenen Schaden geltend machen: Holleaux, Anm. zu Civ. 20. 10. 1959 aa0; P. Mazeaud, Anm. zu Paris 16. 2. 1961 J.C.P. 1961 II 12146; Lalou Nr. 141 S. 91; Trib. civ. de Marseille 13. 11. 1947 D. 1948, 135.

- 2) Civ. (2^e sect.) 27. 2. 1953 Bull. civ. 1953 II 41; 27. 10. 1955 Bull. civ. 1955 II 286; 1. 2. 1957 S. 1957.1.93; 7. 11. 1958 G.P. 1959.1.39; 4. 11. 1959 (unveröffentlicht) abgedruckt bei Holleaux, Anm. zu Civ. 20. 10. 1959 aa0; so schon Req. 11. 2. 1947 S. 1947.1.178; Zustimmend: Ripert et Boulanger II Nr. 1626 S. 594; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 791, 793 S. 106 ff; J. Savatier, L'exécution des condamnations au payement d'une astreinte, D. 1951 chr. 37; Fréjaville, La valeur pratique de l'astreinte, J.C.P. 1951 I 910; P. Kayser, Rev. trim. 1953, 209 (243).

Diese Ansicht erklärt sich aus dem Bestreben, die Schaffung einer "peine privée" zu vermeiden, die den Gläubiger bereichert¹⁾.

Die Gegner der Rechtsprechung der zweiten Zivilsektion des Cour de Cassation wenden ein, die Liquidierung der "astreinte" in Höhe des dem Gläubiger entstandenen Schadens beraube sie ihrer spezifischen Wirkung; der Schuldner stünde dann letztlich nicht anders, als wenn er nachträglich zum Ersatz des Verzögerungsschadens verurteilt werde²⁾. Einen Druck auf den Schuldner, seine Leistung zu bewirken, übe eine derart gestaltete "astreinte" kaum noch aus.

Die Lehre, soweit sie dieser so angegriffenen Rechtsprechung zustimmt, glaubt der "astreinte comminatoire" ihre Wirkung als mittelbares Vollstreckungsmittel auf andere Weise geben zu können. Teils hält man den Druck auf den Willen des Schuldners deshalb für gewährleistet, weil der Richter bei der "liquidation" im Rahmen seiner freien Schadensschätzung großzügige Maßstäbe zugunsten des Gläubigers anlege³⁾; durch diese Gefahr werde der Schuldner sich bei Ausspruch einer "astreinte comminatoire" gegen ihn bewogen fühlen, sein vertragswidriges Verhalten

1) vgl. Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 793 S. 109 f;

So möchte Carbonnier (II Nr. 228 S. 802 f), um diese Folge zu vermeiden, den Betrag der "astreinte" nicht in das Vermögen des Gläubigers fließen lassen.

Dagegen wird teils von der anderen Meinung diese Folge einer "peine privée" ausdrücklich in Kauf genommen: Marty et Raynaud II Nr. 679 S. 701.

2) vgl. H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2499-2 S. 632.

3) Ripert et Boulanger II Nr. 1626 S. 594; P. Kayser, Rev. trim. 1953, 209 (244).

schnellstens aufzugeben. - Weitgehend will man diese Wirkung in erster Linie aber durch die Zulassung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der nur vorläufig ausgesprochenen "astreinte" sichern¹⁾. Zum Schutz des Schuldners vor den Gefahren der Vollstreckung könnte der Richter anordnen, der Gläubiger habe den eingetriebenen Betrag zu hinterlegen, bis die nur vorläufige "astreinte" endgültig festgesetzt sei. Auf diesem Wege bliebe die Wirksamkeit der "astreinte comminatoire" erhalten, ohne daß ihr weiter das Argument, sie sei eine "peine privée", entgegengehalten werden könnte.

Ob der Richter dem Gläubiger den ihm künftig entstehenden Schaden zuspricht oder eine "astreinte" verhängt, stets zielt seine Entscheidung mehr oder weniger darauf ab, den Schuldner mittelbar zur Erfüllung zu bewegen. Da die Zulässigkeit der Zuerkennung des künftigen Schadens an enge Voraussetzungen geknüpft ist, wird in vielen Fällen die "astreinte comminatoire" das geeignete Mittel sein. Folgt man der dogmatisch überzeugenderen Auffassung und verlangt die "liquidation" der "astreinte" nur in Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens, taucht hier wieder die Beziehung der "astreinte" zum Anspruch auf

1) Deren Zulässigkeit ist sehr bestritten;

bejahend: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 795 S. 114 f; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2501 S. 638; J. Savatier, D. 1951 chr. 37; P. Kayser, Rev. trim. 1953, 209 (228 ff);

Trib. civ. de Cherbourg 4. 12. 1950 J.C.P. 1951 II 6038 mit abl. Anm. von Nuville; Trib. de Grande Instance de Nantes 8. 2. 1962 D. 1963 somm. 24;

verneinend: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 942 S. 525; Fréjaville, La valeur pratique, J.C.P. 1951 I 910, und La loi du 21 juillet 1949, J.C.P. 1949 I 792; Paris 13.7.1949 S. 1950.2.47.

den Ersatz des Verzögerungsschadens auf¹⁾. Wird der künftige Schaden zuerkannt, wird der Schuldner dadurch gedrängt zu erfüllen, daß ihm die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens vor Augen geführt werden. Bei der "astreinte comminatoire" wird der Druck auf den Willen des Schuldners noch verstärkt, wenn man trotz der zunächst meist überhöhten Bemessung ihre vorläufige Vollstreckbarkeit zuläßt. Daneben besteht noch die Gefahr einer großzügigen Schadensschätzung zu seinen Lasten. Für den Gläubiger bieten diese Wege eine größere Sicherheit, Befriedigung seines Haupt- und seines Schadensersatzanspruches zu erhalten.

b) Eintritt verschärfter Haftung des Schuldners
für Verschlechterungen und Untergang des Lei-
stungsgegenstandes

Ab Verzugseintritt haftet der Schuldner gemäß Art.1302 C. civ. dem Gläubiger für den zufälligen Untergang des Leistungsgegenstandes. Dieser verschärften Haftung kann er sich nur durch den Nachweis entziehen, bei rechtzeitiger Lieferung wäre die Sache auch bei dem Gläubiger untergegangen. - Kennt der Code civil auch keine § 287 Satz 1 BGB entsprechende Bestimmung, die ihn für jedes Verschulden haften läßt, so wird diese Verzugsfolge auch für das französische Recht Geltung haben: Haftet der Schuldner auf Grund von Gesetz oder Vertrag ausnahmsweise nicht für jedes Verschulden, so tritt in entsprechender Anwendung des Art. 1302 C. civ. diese Haftung mit Verzugseintritt ein.

1) vgl. Soc. 17. 2. 1956 Bull. civ. 1956 IV 125:
"Le cumul de dommages-intérêts compensatoires et
d'une astreinte correspondant à des dommages-intérêts
moratoires n'est pas interdit",

Die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz auf Grund des Art. 1302 C. civ. bedeutet eine Erhöhung seiner Verantwortlichkeit insofern, als er jetzt für jedes Ereignis einzustehen hat, das ohne sein vertragswidriges Verhalten nicht zum Untergang oder zur Beschädigung des Leistungsgegenstandes geführt hätte. Der Schuldner haftet zwar für die auf der Verzögerung der Leistung beruhende Zerstörung der geschuldeten Ware bereits nach allgemeinen Grundsätzen der "inexécution", ohne daß er sich im Verzuge befinden müßte¹⁾. Durch Art. 1302 C. civ. aber wird diese bestehende Verantwortlichkeit in der Richtung erweitert, daß der Schuldner sich ab Verzugseintritt nicht mehr darauf berufen kann, die Schadensfolge sei für ihn nicht voraussehbar im Sinne des Art. 1150 C. civ. und somit auch nicht vermeidbar gewesen.

c) Der Übergang der Gefahrtragung auf den Schuldner

Mit Verzugseintritt geht nach Art. 1138 Abs. 2 C. civ. ferner die Gefahr eines zufälligen Unterganges der Sache auf den Schuldner über. Diese Bestimmung ist deshalb bedeutsam, weil der Gläubiger oft bereits vor der Übergabe des Schuldgegenstandes Eigentümer ist und als solcher die Gefahr trägt ("res perit domino")²⁾.

1) vgl. die Entscheidungen: Civ. 3. 12. 1930 G.P. 1931. 1.78; Paris 19. 6. 1943 G.P. 1943.2.73; Com. 13. 7. 1953 S. 1954.1.43;

bedenklich dagegen: Com. 16. 5. 1949 G.P. 1949.2. 158 (Sabotage des Transports, der nach expiration des délais de transport die dem Gläubiger geschuldeten Waren anliefert, bevor dieser den Schuldner in Verzug gesetzt hätte); sehr weitgehend auch Paris 24. 11. 1949 G.P. 1950.1.39.

2) allgemein zum Anwendungsbereich des Art. 1138: Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 414 S. 566.

In der Lehre begegnet man der Auffassung, die Vorschriften der Art. 1138 und 1302 C. civ. enthielten den gleichen Rechtsgedanken; man müsse daher in den eindeutigen Text des Art. 1138 Abs. 2 C. civ. die Einschränkung des Art. 1302 C. civ. hineinlesen: die Gefahr des zufälligen Unterganges solle den Schuldner nicht treffen, wenn die Sache bei vertragsgemäßer Erfüllung auch bei dem Gläubiger zerstört worden wäre¹⁾.

Diese Ergänzung des Art. 1138 C. civ. dürfte nicht zu billigen sein. Sie würde bedeuten, daß Art. 1138 C. civ. nichts aussagte, was nicht schon Art. 1302 C. civ. enthielte. Eine derartige Einschränkung ist Gefahrtragungsregeln des deutschen wie des französischen Rechts im übrigen fremd²⁾. Die Rechtsprechung scheint diese Auslegung des Art. 1138 C. civ. ebenfalls zu verwerfen; dort, wo dieses Problem hätte auftauchen müssen, setzt sie sich gar nicht mit einer solchen Ergänzung dieser Bestimmung auseinander³⁾. Die Regelung der Gefahrtragung durch Art. 1138 Abs. 2 C. civ. bleibt anders als die weitergehende Haftungsvorschrift des Art. 1302 C. civ. unberührt von Kausalitätserwägungen.

d) Weitere Folgen des Eintritts der "demeure"?

Es ist versucht worden, an den Eintritt der "demeure" weitere Wirkungen zu knüpfen.

-
- 1) Baudry-Lacantinerie et Barde XII Nr. 428 S. 468; H., L. et J. Mazeaud II Nr. 1121 S. 906; scheinbar auch: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 840 S. 468; H. et L. Mazeaud et Tunc II Nr. 1586 S. 585.
 - 2) vgl. aber die dogmatische Erklärung des § 287 Satz 2 BGB bei: Larenz I § 22 S. 264.
 - 3) vgl. Civ. 7. 4. 1954 D. 1954,385; siehe auch: Fuzier-Herman Art. 1138 Nr. 69; Ripert et Boulanger II Nr. 512 S. 198.

So ist vertreten worden, mit dem Eintritt des Verzuges ändere sich in mancher Beziehung der Inhalt der Verbindlichkeit des Schuldners; die bisherige Holschuld (Art. 1247 C. civ.) werde zur Bringschuld¹⁾. Die Rechtsprechung hat einen derartigen Wandel des Schuldinhaltes dann bejaht, wenn dem im Verzuge befindlichen Schuldner vom Gericht ein "délai de grâce" zugebilligt worden ist²⁾. - Der Satz, mit Verzugseintritt werde die Holschuld zur Bringschuld, kann aber keinen Bestand haben. Da er im Gesetz keine Stütze findet, kann er allenfalls für Geldschulden gelten; dort erleidet der Schuldner keinen Nachteil, wenn er die Forderung am Wohnort des Gläubigers begleichen muß; letzterer dagegen bleibt davor bewahrt, oft vergeblich bei dem Säumigen vorzusprechen. Regelmäßig ist es ausreichend, wenn der Schuldner dem Gläubiger mitteilt, er sei nun in der Lage zu leisten.

Der Verzugseintritt des Schuldners soll weiterhin eine notwendige Voraussetzung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung sein³⁾. In der Tat muß der Gläubiger, der einen titulierten Anspruch vollstrecken will, dem Schuldner vor Beginn der Zwangsmaßnahmen ein "commandement" zustellen, mit dem er ihn letztmalig auffordert zu erfüllen (Art. 583, 673, 674 C. de proc.); das "commandement" gilt aber als "mise en demeure" im Sinne des Art. 1139 C. civ.⁴⁾. - Die Tatsache, daß der Schuldner sich

1) Planiol, Ripert et Besson XI Nr. 1308 S. 690.

2) Req. 3. 1. 1927 D.H. 1927, 33; Lorans S. 50.

3) Marty et Raynaud II Nr. 651 ff S. 676 ff; vgl. auch Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 909 S. 242.

4) s. oben S. 39.

regelmäßig im Verzuge befindet, wenn in sein Vermögen vollstreckt wird, darf nicht dazu verführen, diesen Umstand als Zulässigkeitsvoraussetzung der Zwangsvollstreckung anzusehen. Das französische Prozeßrecht enthält keine derartige Forderung. Soweit der Gläubiger sich einer mittelbaren Form der Vollstreckung, der "action oblique"¹⁾, bedient, ist man sich einig, daß er die Untätigkeit des Schuldners und die Fälligkeit seines Anspruches gegen diesen nicht durch die vorherige Zustellung einer "mise en demeure" feststellen muß²⁾. Dies muß auch für die unmittelbare Zwangsvollstreckung gelten. In der Praxis kommt dieser Frage kaum Bedeutung zu, da der Schuldner sich ohnehin stets im Verzuge der Leistung befindet.

e) Unter welchen Voraussetzungen kann der Gläubiger nach Eintritt der "demeure du débiteur" statt der möglichen Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen?

Der Gläubiger, dessen Anspruch von dem Schuldner nicht rechtzeitig befriedigt wird, würde es vielleicht vorziehen, statt späterer Erfüllung und Ersatzes des Verzögerungsschadens sofort die noch ausstehende Leistung zurückzuweisen und nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren. Solange der Schuldner nicht leistet, ist der Gläubiger in einer unsicheren Lage, weil er nicht weiß, ob er den ihm geschuldeten Gegenstand erhalten

1) Zur "action oblique": H., L. et J. Mazeaud II Nr. 958 ff S. 813 ff.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1359 S. 771; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 909 S. 242; siehe aber H., L. et J. Mazeaud II Nr. 970 S. 819; Req. 7. 3. 1933 D.H. 1933, 218.

wird oder nicht. Er wird daher durch die Verzögerung möglicherweise in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Die Ungewißheit über das künftige Schicksal seines Anspruches zwingt ihn, weitere Entscheidungen, welche die Verwaltung seines Vermögens betreffen, unter Umständen aufzuschieben. Der Gläubiger wird daher oft angesichts des Ausbleibens der ihm geschuldeten Leistung geneigt sein, diesen Schwebezustand zu beenden und das Schicksal seiner Rechtsbeziehung zu dem vertragswidrig handelnden Schuldner vorzeitig zu klären.

Nach deutschem Recht kann nach Eintritt des Schuldnerverzuges der Gläubiger bei Wegfall seines objektiv zu bestimmenden¹⁾ Interesses an der Leistung statt ihrer sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 286 II, 326 II BGB), im Bereich der gegenseitigen Verträge dies auch ohne den Nachweis des Interessenwegfalls, wenn er dem Schuldner eine Nachfrist mit der gleichzeitigen Androhung gesetzt hat, nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist lehne er jede Erfüllung ab (§ 326 I BGB). Dem Wegfall des Interesses des Gläubigers ist gleichgestellt die beharrliche Leistungsverweigerung des Schuldners²⁾.

1) Erman-Groepper § 286 Anm. 3 i.V. mit § 280 Anm. 6; Palandt-Danckelmann § 280 Anm. 5; Staudinger-Werner § 286 Anm. 26; dabei ist aber auf die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers abzustellen.

2) Fikentscher § 45 III 1 d) S. 204; Siebert-Reimer Schmidt § 326 Anm. 24 f.

1. Einseitige Leistungspflichten

Bei lediglich einseitigen Leistungspflichten kennt das französische Recht keine dem § 286 II BGB entsprechende Vorschrift. Ein Bedürfnis dafür gibt es nur beschränkt, weil Lehre und Rechtsprechung durch weite Fassung des Begriffes der "inexécution" dazu kommen, bei Fehlen eines objektiven Interesses des Gläubigers an der verspäteten Leistung "inexécution" und nicht "retard" anzunehmen¹⁾. Mag dieses Interesse von Anfang an oder nachträglich während des Verzuges fortfallen, stets kann der Gläubiger die Rechte geltend machen, die er allgemein bei der Nichterfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit hat. Weitergehende Rechte soll er nicht haben. Die Tendenz der Lehre geht dahin, den Gläubiger regelmäßig für verpflichtet zu erklären, die Erfüllung abzuwarten²⁾. Er hat auf die Einhaltung des Vertrages zu drängen und darf in zweiter Linie erst eine Verurteilung des Schuldners zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung betreiben. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schuldner beharrlich die Erfüllung verweigert; dann ist der Gläubiger auch im Bereich der einseitigen Leistungspflichten unmittelbar berechtigt, von dem Erfüllungsanspruch auf das Schadensersatzbegehren wegen Nichterfüllung überzugehen³⁾.

Das Lehrbuch von Mazeaud und Tunc geht noch weiter. Der Gläubiger soll bereits dann, wenn er wegen der Verzöge-

1) vgl. zunächst oben S.15.

Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 828 S. 156;
Constantinesco Nr. 18 S. 42 f.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 891
S. 497.

3) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 402: Fälschlicherweise nehmen diese Autoren in diesem Fall Nichterfüllung an. Der Gläubiger kann aber wählen, ob er weiterhin auf Erfüllung bestehen oder die Leistung als nicht erfüllt betrachten will.
Vgl. Ripert et Boulanger II Nr. 772 f S. 286.

rung der Erfüllung subjektiv das Interesse an der Vertragserfüllung verloren haben will, auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergehen können, ohne daß es gar der vorangegangenen Zustellung einer "mise en demeure" bedürfe¹⁾. Diese Ansicht, die auf der Tendenz ihrer Vertreter fußt, den Sinn einer unterschiedlichen Behandlung von "retard" und "inexécution" zu leugnen, und mit ihrer Methode, die Nachholbarkeit der Leistung durch rückwirkende Betrachtung festzustellen²⁾, zu erklären ist, beraubt den Schuldner des ihm durch das Institut der "demeure" zugebilligten Schutzes.

2. Gegenseitige Leistungspflichten

aa) Im Bereich der gegenseitigen Verträge enthält der Code civil mit Art. 1184 C. civ. eine Bestimmung, welche die Voraussetzungen festlegt, unter denen der Gläubiger einer ausbleibenden Leistung sich vom Vertrage lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren kann. Nach dieser Vorschrift enthält jeder Vertrag "sous-entendu" eine "condition résolutoire", die eintritt, wenn eine der Parteien ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt (Art. 1184 Abs. 1 C. civ.). Obwohl diese Vorschrift von einer stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung zu sprechen scheint, ist es unstrittig, daß sie ein gesetzliches Auflösungsrecht enthält und nicht etwa eine Auslegungsregel für Verträge; die mißverständliche Fassung erklärt sich aus dem Versuch der Übernahme römisch-rechtlicher Anschauungen³⁾. Die

1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 402 f.

2) s. oben S.9 Anm.3 und S.13 f.

3) dazu ausführlich: R. Cassin, Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats, Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant, Paris 1939, 63 (66 ff).

Auflösung tritt daher nicht von selbst ein, sondern erst, wenn die vertragstreue Partei mit ihrer entsprechenden Klage obsiegt hat¹⁾. Die "résolution du contrat" nach Art. 1184 C. civ. entspricht nicht dem Rücktritt des deutschen Rechts; zwar entfallen die vereinbarten gegenseitigen Leistungspflichten, aber der Schadenersatzanspruch des Gläubigers wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Schuldners bleibt unberührt (Art. 1184 Abs. 2 C. civ.).

Art. 1184 C. civ. ist außer in den Fällen der "inexécution" auch bei einer Leistungsverzögerung des Schuldners anwendbar, wie das im zweiten Absatz der Bestimmung festgelegte Wahlrecht des Forderungsinhabers ergibt. Der Gläubiger der ausstehenden, noch nachholbaren Leistung kann durch ein Vorgehen nach Art. 1184 C. civ. nur einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung erhalten, wenn der säumige Schuldner sich im Verzuge befindet; grundsätzlich muß dieser also gemäß Art. 1139 C. civ. gemahnt worden sein zu erfüllen²⁾. Die Erhebung der Auflösungsklage stellt aber bereits eine ausreichende "mise en demeure" dar³⁾. Damit wendet sich der

1) Nur der vertragstreue Teil ist berechtigt, die Auflösungsklage zu erheben: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1025 S. 571; Civ. 4. 5. 1920 D.P. 1926.1.37; Req. 22. 2. 1932 D.H. 1932,203.

2) Lepeltier, La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, S. 179; M.-J. Pierrard, J.C.P. 1945.466 Nr. 48 f; Aubry et Rau IV § 308 S. 137 Anm. 1 bis; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 828 S. 157; Ripert et Boulanger II Nr. 526 S. 203; Civ. 25. 7. 1945 D. 1946 somm. 1; Com. 9. 5. 1949 S. 1949.1.184;

a.A. H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2276 S. 402, insbesondere auch die dortige Anm. 2 bis, unter fälschlicher Berufung auf Entscheidungen, welche die "mise en demeure" in der Erhebung der Auflösungsklage sehen. Zur Kritik dieser Auffassung siehe oben S.9,13 f,101 f dieser Arbeit.

3) Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 426 S. 574; Req. 10. 5. 1922 D.P. 1923.1.22; Civ. 19. 10. 1931 D.H. 1931,537; Civ. 25. 7. 1945 aaO;

a.A. Com. 9. 5. 1949 aaO, die eine "mise en demeure préalable" verlangt.

Gläubiger aber sofort vom Vertrage ab, ohne, wie es der Sinn des Erfordernisses der "mise en demeure" ist, vorher die Leistung selbst verlangt zu haben. Dieses Bedenken wird mit dem Hinweis zerstreut, der Schuldner habe noch während der Rechtshängigkeit der Auflösungsklage genügend Zeit zu erfüllen¹⁾.

Nach der Fassung des Art. 1184 Abs. 2 C. civ. ist der Gläubiger in der Wahl, ob er die Leistung selbst oder Vertragsauflösung nebst Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will, völlig frei²⁾. Dieses Recht ist sehr großzügig ausgestaltet: Der Gläubiger darf die bereits getätigte Wahl bis zur Verkündung der richterlichen Entscheidung jederzeit wieder umstoßen³⁾. Wenn er sich dafür entscheidet, die Auflösung des Vertrages zu betreiben, könnten sich gemäß Art. 1184 Abs. 3 C. civ. die Möglichkeiten des mit der Entscheidung befaßten Richters darauf beschränken, dem Klagebegehren stattzugeben oder dem Schuldner noch eine Nachfrist zuzubilligen. Einhellig billigt man aber dem Richter darüber hinaus das Recht zu, unter Umständen die Auflösungsklage endgültig abzuweisen, obwohl Art. 1184 C. civ. selbst diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht⁴⁾. Dieser Umfang des richterlichen Ermessens wird unterschiedlich begründet. Teils wird auf Art. 1184 Abs. 3 C. civ.

1) Lepeltier S. 179 f.

2) Capitant, De la cause des obligations, S. 337; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 427 S. 575; Civ. 4. 5. 1920 D.P. 1926.1.37; Civ. 24. 7. 1928 D.P. 1930.1.16; Civ. 6. 1. 1932 D.H. 1932, 114.

3) Planiol, Ripert et Esmein VI aa0; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1020 S. 568; Civ. 6. 1. 1932 aa0; Soc. 25. 6. 1954 Bull. civ. 1954 IV 342; vgl. auch Com. 27. 10. 1953 D. 1954, 201.

4) Lepeltier S. 202.

("selon les circonstances")¹⁾, teils auf die Art. 1636, 1638, 1729 C. civ.²⁾ verwiesen. Überzeugender scheint aber die Begründung eines doch über den Wortlaut des Art. 1184 C. civ. hinausgehenden richterlichen Ermessens mit der Idee der "causa", die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt³⁾. Nur wenn das Verhalten des Schuldners die causa des Vertrages wesentlich berührt, kann eine Auflösung gerechtfertigt sein⁴⁾. Der Gläubiger kann materiell daher auch nach dem Eintritt des Schuldnerverzuges statt der Erfüllung die Auflösung des Vertrages und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn der Richter in Ausübung seiner "pouvoir souverain d'appréciation" zu diesem Ergebnis kommen muß⁵⁾.

Jener muß sich bei seiner Entscheidung von gewissen Grundsätzen leiten lassen. In der Lehre wird vertreten, der Richter sei bei der Ausübung seines Ermessens an die Grundsätze gebunden, die der Gesetzgeber in den Art.

-
- 1) Req. 24. 5. 1927 G.P. 1927.2.368; Civ. 30. 11. 1949 G.P. 1950.1.38.
 - 2) Capitant, De la cause des obligations, S. 341 f; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1027 S. 572.
 - 3) Capitant, aaO, Nr. 147 ff; vgl. auch Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1023 S. 570; Req. 21. 12. 1927 D.H. 1928,82.
 - 4) vgl. die Begriffe "la décomposition de l'équilibre" (Der Richter kann am Verträge festhalten und die Einbuße des Gläubigers durch einen Ersatzanspruch ausgleichen) und "la rupture de l'équilibre" (Der Richter muß auflösen) bei Picard et Prudhomme, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Rev. trim. 1912, 61 (99 ff); vgl. auch Carbonnier II Nr. 163 S. 549, der auf die sonst bestehende Gefahr der Schuldnerbenachteiligung verweist.
 - 5) Zum subsidiären Charakter der Vertragsauflösung im Bereich des Rechts der "demeure": Cassin, Discussion, S. 65; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 891 S. 497.

1636, 1638 C. civ. hat anklingen lassen¹⁾. Diese Bestimmungen stellen bei teilweiser, endgültiger Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners darauf ab, ob der Gläubiger den erhaltenen Leistungsteil auch ohne den ausgebliebenen erworben hätte. Das läßt die Lehre folgern, der Richter habe bei vollständig ausbleibender Leistung nur die Möglichkeiten, die Auflösung auszusprechen oder, falls die Erfüllung noch möglich ist, dem Schuldner eine Nachfrist zuzubilligen; die Auflösung verweigern dürfe er nicht²⁾. Lediglich wenn die Leistung nur teilweise ausbleibe - gleichgültig, ob sie noch nachholbar ist oder nicht - komme daher der Grundgedanke der Art. 1636, 1638 C. civ. zum Tragen. Die Rechtsprechung teilt diesen Standpunkt:

"Il appartient aux tribunaux, en cas d'inexécution partielle ..., d'apprécier souverainement si cette inexécution a eu assez d'importance pour que la résolution doive être prononcée ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts."³⁾

"Inexécution" wird von diesen Entscheidungen weit verstanden und erfaßt auch die Leistungsverzögerung (arg. Art. 1184 Abs. 2 C. civ.); Verzug mit der ganzen Leistung ist daher "inexécution totale", Verzug mit einem Teil der Leistung ist "inexécution partielle" im Sinne dieses Leitsatzes des Cour de Cassation⁴⁾. Maßgebender Zeitpunkt

-
- 1) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1027 S. 572.
 - 2) Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 429 S. 578; Picard et Prudhomme, Rev. trim. 1912, 61 (68).
 - 3) Req. 21. 6. 1935 G.P. 1935.2.351; ähnlich Req. 21. 12. 1927 D.H. 1928, 82.
 - 4) vgl. J. Aubry, Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations conventionnelles, thèse Paris 1878, S. 57; Ripert et Boulanger II Nr. 529 S. 204 und Nr. 525 S. 202; Marty et Raynaud II Nr. 300 S. 264 f; vgl. auch die Formel des Cour d'Appel de Paris 6. 2. 1956 D. 1956 somm. 161.

für die Feststellung des Vorliegens einer "inexécution totale" ist der Tag der richterlichen Entscheidung. Be-
findet der Schuldner sich dann noch mit seiner ganzen
Leistung im Verzuge, hat der Richter nur die Möglichkei-
ten, den Vertrag aufzulösen oder dem Schuldner eine wei-
tere Erfüllungsfrist zuzubilligen¹⁾. Für welchen Weg er
sich entscheidet, hängt ab von der Schwere des Verschul-
dens des Schuldners²⁾, von der Dauer der Verzögerung
in Vergangenheit und Zukunft und von dem Grad des Inter-
esses des Gläubigers an gerade rechtzeitiger Erfüllung.
Weigert sich der Schuldner zu erfüllen, obwohl ihm dies
möglich wäre, wird der Richter regelmäßig sofort die
Auflösung des Vertrages aussprechen³⁾; ist er dagegen
erfüllungsbereit und wird ihm die Leistung voraussicht-
lich innerhalb einer kürzeren Frist wieder möglich sein,
wird ihm stets eine Erfüllungsfrist gewährt werden⁴⁾.

Erst wenn er mit nur einem Teil der Leistung in Verzug
ist, kann der Richter die Auflösung endgültig verweigern.
Die herrschende subjektive Theorie⁵⁾, die den Art. 1636,

1) vgl. Req. 14. 4. 1886 S. 1890.1.438; Req. 5. 12. 1944
G.P. 1945.1.31;

Marty et Raynaud II Nr. 301 S. 266 f;

a.A. Civ. 20. 10. 1886 S. 1887.1.24.

Der Richter kann dem Schuldner nur einmal eine derar-
tige Frist zubilligen: Larombière Art. 1184 Nr. 48;

Ripert et Boulanger II Nr. 538 S. 207.

2) Ripert et Boulanger II Nr. 528 S. 204; Req. 23. 4.
1898 D.P. 1898.1.507; Req. 24. 5. 1927 G.P. 1927.2.
368.

3) Req. 5. 12. 1944 G.P. 1945.1.31.

4) Req. 14. 4. 1886 S. 1890.1.438;

Das Zugeständnis einer Nachfrist ist eine Vergünsti-
gung, deren sich der Schuldner würdig erwiesen haben
muß: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr.
1027 S. 573.

Für weitgehendes Gebrauchmachen von der Fristzubilli-
gung: Ripert et Boulanger II Nr. 532 S. 205; vgl.
auch Civ. 8. 1. 1929 Rev. trim. 1930, 123.

5) Im Gegensatz zur objektiven Theorie, nach der bei
selbst nur geringfügiger Nichterfüllung einer Haupt-
pflicht stets, bei der bloßen Nichterfüllung einer
Nebenpflicht aber nur aufzulösen ist, wenn dadurch der
objektive Zweck des Vertrages gefährdet wird: Picard
et Prudhomme, Rev. trim. 1912, 61 (99 ff).

1638 C. civ. zugrundeliegt, geht auf Pothier¹⁾ zurück. Die Auflösung ist in den Fällen eines teilweisen Ausbleibens der Leistung also nur auszusprechen, wenn der erbrachte Teil für den Gläubiger nicht von Interesse ist²⁾.

Eine derartige teilweise Nichterfüllung ist auch nur gegeben, wenn der Gläubiger wegen einer Leistungsverzögerung auf Auflösung klagt und der Schuldner während der Rechtshängigkeit des Begehrens die Erfüllung anbietet. Da diese nur noch von der Annahme des Angebotes durch den Gläubiger abhängt, liegt im Zeitpunkt der Entscheidung über die Auflösungsklage keine dem Schuldner anzulastende "inexécution totale" mehr vor. Da die eingegangenen Vertragspflichten noch fortbestehen und der Gläubiger also nicht einseitig den Vertrag als aufgehoben betrachten darf, indem er die Annahme des Erfüllungsangebotes des Schuldners verweigert, könnte die Auflösung schlechthin zu verweigern sein. Aber die Rechtsprechung hat in Erkenntnis der Tatsache, daß die Verzögerung der Leistung durch den Schuldner bis zu deren Angebot als vertragswidriges Verhalten eine "inexécution partielle" im Sinne des Art. 1184 C. civ. darstellt, auch dann in vielen Fällen die Auflösung ausgesprochen. Als Grundregel hat sie den folgenden Satz erarbeitet:

-
- 1) Pothier, Vente, Nr. 476 S. 362: "C'est par les circonstances qu'on décide si l'inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat: elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela."
 - 2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1027 S. 572; Cassin, Discussion, S. 79; Req. 5. 6. 1872 D.P. 1873.1.27.

"Il leur" (aux juges) "appartient aussi, en présence d'offres faites en cours d'instance par un débiteur, d'apprécier souverainement si elles sont de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution demandée"¹⁾.

In Anwendung dieser Formel haben die Gerichte angesichts eines ernstlichen Erfüllungsangebotes des Schuldners teils die Auflösung verweigert, teils dennoch ausgesprochen. Aufgelöst wurde etwa, weil der Schuldner die Leistung in "mauvaise foi" verzögert²⁾ oder die Erfüllung erst erhebliche Zeit nach Verzugsseintritt angeboten hatte³⁾. Dementsprechend wurde die Auflösung verweigert, wenn der Schuldner bald nach Eintritt der demeure die Erfüllung seiner Verbindlichkeit anbietet⁴⁾.

Betrachtet man diese Maßstäbe, die bei der Ausübung des richterlichen Ermessens Bedeutung haben⁵⁾, erkennt man die Bedeutung einer vor der Erhebung der Auflösungsklage dem Schuldner zugestellten "mise en demeure"⁶⁾. Obwohl die Klageerhebung selbst als Mahnung gilt, wurde die Auflösung bei einem Erfüllungsangebot des Schuldners

1) Req. 24. 5. 1927 G.P. 1927.2.368; ähnlich: Civ. 27. 3. 1911 S. 1913.1.289; Civ. 19. 4. 1928 G.P. 1928. 1.820.

2) Req. 24. 5. 1927 aaO; Civ. 30. 11. 1949 G.P. 1950. 1.38; Ripert et Boulanger II Nr. 528 S. 204.

3) Req. 17. 7. 1923 D.P. 1923.1.240 (ein Jahr); Civ. 30. 11. 1949 aaO (dreiundeinhalb Jahre); Civ. 27. 6. 1955 Bull. civ. 1955 I 224 und Civ. 8. 2. 1956 J.C.P. 1956 IV 41 (Angebot während der Berufungsinstanz).

4) Civ. 10. 4. 1933 D.H. 1933,317 ("en un temps où le payement peut encore intervenir valablement"); Civ. 17. 5. 1954 G.P. 1954.2.82 (Angebot unmittelbar nach der Zustellung der Auflösungsklage).

5) siehe auch oben S.106 f.

6) vgl. M.-J. Pierrard, J.C.P. 1945.466; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 426 S. 575; Req. 22. 4. 1909 D.P. 1913.1.136; Req. 3. 4. 1939 G.P. 1939.2.92.

nur ausgesprochen, wenn bereits der Klageerhebung eine "sommation" vorausgegangen war¹⁾; fehlte sie vor der Erhebung der Klage, so drang der Gläubiger regelmäßig mit seinem Auflösungsbegehren nicht durch²⁾.

Mit dem Auflösungsurteil gilt der Vertrag mit rückwirkender Kraft als aufgehoben³⁾; bereits erbrachte Leistungen sind zurückzugewähren⁴⁾. Gleichzeitig mit der Auflösung des Vertrages spricht der Richter den von dem Gläubiger geltendgemachten Nichterfüllungsschaden zu (Art. 1184 Abs. 2 C. civ.)⁵⁾.

-
- 1) Req. 23. 4. 1856 D.P. 1856.1.246; Req. 23. 4. 1898 D.P. 1898.1.507; Req. 17. 7. 1923 D.P. 1923.1.240; Req. 7. 12. 1926 S. 1927.1.106; Req. 24. 5. 1927 G.P. 1927.2.368; Civ. 30. 11. 1949 G.P. 1950.1.38; Civ. 27. 6. 1955 Bull. civ. 1955 I 224;

keine Auflösung dagegen, obwohl eine "mise en demeure" der Klageerhebung vorausging: Civ. 13. 2. 1963 D. 1963, 316.

- 2) Req. 7. 5. 1928 S. 1928.1.277; Civ. 17. 5. 1954 G.P. 1954.2.82; Com. 8. 3. 1955 Bull. civ. 1955 III 71.
- 3) Dennoch bleiben solche Vertragsklauseln gültig, die Regelungen gerade für den Fall der Vertragsauflösung vorsehen (z.B. Wettbewerbsklauseln): Civ. 13. 5. 1918 D.P. 1922.1.33;
eine für den Verzögerungsfall vereinbarte Vertragsstrafeklausel gilt dagegen nicht weiter: Civ. 29. 6. 1925 S. 1925.1.168.
- 4) streitig; bei Verträgen "à prestations successives" für eine résiliation d.h. für eine Auflösung des Vertrages nur für die Zukunft eintretend: Cassin, Discussion, S. 82; Civ. 2. 3. 1938 D.H. 1938, 178; Soc. 23. 2. 1957 D. 1957, 466;

für rückwirkende Auflösung (résolution) auch in diesem Bereich: Civ. 16. 2. 1932 S. 1932.1.163;

es liegt im richterlichen Ermessen, ob der Vertrag in diesem Bereich auch mit rückwirkender Kraft als aufgelöst gelten soll: Civ. 1. 7. 1963 Bull. civ. 1963 I 307.

- 5) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1027 S. 573.

bb) Der Gläubiger kann also unter den Voraussetzungen des Art. 1184 C. civ. statt der Leistung selbst Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren; nach Erhalt eines zusprechenden Urteils ist für ihn die Ungewißheit über das Schicksal seiner Vertragsbeziehung zu dem Schuldner beendet.

Der Weg über Art. 1184 C. civ. ist aber schwerfällig und zeitraubend. Selbst bei länger andauernder Verzögerung kann der Gläubiger nicht sicher sein, mit einer Klage zu obsiegen. Er muß stets darauf gefaßt sein, daß der Richter von seinem Recht nach Art. 1184 Abs. 3 C. civ. Gebrauch macht und dem Schuldner noch eine weitere Erfüllungssfrist zugesteht. Während der Anhängigkeit der Klage und, falls die Nachfrist gewährt wird, sogar noch darüber hinaus muß der Gläubiger die seinerseits geschuldete Leistung bereithalten. Der Schwebezustand, dessen baldiges Ende er anstrebt, besteht also bis zu einer endgültigen richterlichen Entscheidung fort. Vorher kann er sich eine Ersatzleistung nur auf eigenes Risiko besorgen. Das Verfahren der Vertragsauflösung nach Art. 1184 C. civ. berücksichtigt nur beschränkt die Interessen des Gläubigers. Die andauernde Ungewißheit über das Schicksal des Vertrages wirkt besonders störend für ihn in dem heutigen modernen Wirtschaftssystem, dessen Wesen unter anderem die Beschleunigung des Güterumschlages ist.

Bereits das Gesetz trägt diesem Gedanken beschränkt Rechnung.

Gemäß Art. 1657 C. civ. kann der Verkäufer von Lebensmitteln oder von anderen beweglichen Sachen den Vertrag ohne vorherige "mise en demeure" des Käufers als aufgelöst betrachten, wenn für die Abnahme der Ware ein genauer Termin bestimmt war und dieser nicht eingehalten worden ist¹⁾. Die Auflösung wirkt nur zugunsten des

1) Näheres zu Art. 1657 in dem Abschnitt dieser Arbeit über den Gläubigerverzug.

Veräußerers; er kann entscheiden, ob er auf Abnahme bestehen oder den Vertrag in die Schadensersatzebene überführen will¹⁾.

Die Parteien können weiter das Erfordernis der Klageerhebung des Art. 1184 C. civ. abbedingen²⁾. Art. 1656 C. civ. stellt daher keine Sondervorschrift, sondern nur eine Anwendung dieser Regel dar³⁾. Eine solche Vereinbarung bezeichnet man als "pacte comissoire"⁴⁾. Inhalt dieser Übereinkunft ist die Bestimmung, daß der Vertrag im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung "de plein droit" als aufgelöst gelten solle⁵⁾. Auf diese Abmachung kann sich wiederum nur der vertragstreue Teil berufen⁶⁾; der "pacte comissoire" unterscheidet sich in diesem Punkte von der auflösenden Bedingung. Der Gläubiger kann sich auf die Abbedingung erst berufen, wenn sich der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge befindet, ihm also eine "mise en demeure"

1) vgl. Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1008 S. 347.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1025 S. 571 f; Borricand, La clause résolutoire expresse dans les contrats, Rev. trim. 1957,433;

Teilweise verboten ist die Abbedingung des Art. 1184 auf dem Gebiete des Landwirtschafts- und Versicherungsrechtes. Dazu näher: Ripert et Boulanger II Nr. 550 S. 210.

3) Borricand, Rev. trim. 1957,433 (441 f); Aubry et Rau IV § 302 S. 117 f Anm. 85; vgl. auch Req. 19. 10. 1920 D.P. 1921.1.37.

4) vgl. Colin et Capitant et de la Morandière II aa0.

5) Zu der Notwendigkeit einer besonders sorgfältigen Formulierung dieser Vereinbarung, um Verwechselungen mit dem mißverständlichen Text des Art. 1184 zu vermeiden, siehe: Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 436 S. 587; Ripert et Boulanger II Nr. 548 S. 209; vgl. auch Req. 3. 3. 1937 D.H. 1937,364.

6) Planiol, Ripert et Hamel X Nr. 165 S. 188; Com. 27. 10. 1953 D. 1954,201.

zugegangen ist¹⁾. Etwas anderes würde nur bei gleichzeitig vereinbarter Entbehrlichkeit dieser Mahnung gelten²⁾. An den Inhalt der "mise en demeure" werden teilweise besonders strenge Anforderungen gestellt; teils wird verlangt, daß der Gläubiger darinnzu erklären habe, daß er bei ausbleibender Erfüllung von seinem Rechte, den Vertrag als aufgelöst zu betrachten, Gebrauch machen werde³⁾. Die einschneidenden Folgen der Verzögerung, denen der Schuldner ausgesetzt ist, sobald der Gläubiger sich auf die getroffene Vereinbarung beruft, sind für die herrschende Meinung der Anlaß, dem Verpflichteten nach Empfang der Mahnung noch eine begrenzte Erfüllungsfrist zuzubilligen; erst nach deren Ablauf kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren⁴⁾.

1) Demolombe XXV Nr. 554 S. 523; Aubry et Rau IV § 302 S. 117 und die dortige Anm. 85; Borricand, Rev. trim. 1957, 433 (444 ff); Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1028 S. 573; vgl. auch den Text des Art. 1656; Civ. 3. 6. 1953 Bull. civ. 1953 I 151; anderer Ansicht: Req. 29. 11. 1886 D.P. 1887.1.388.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II aa0; ebenso Com. 26. 10. 1955 Bull. civ. 1955 III 250; zu großzügig in der Annahme einer solchen weiteren Abbedingung: Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 436 S. 588.

3) vgl. Req. 28. 12. 1932 G.P. 1933, 1.556: "... cette sanction ne saurait être appliquée par le juge si la sommation ... ne contient pas la manifestation formelle du créancier de se prévaloir de ladite clause".

Weniger streng: Com. 27. 10. 1953 D. 1954, 201.

4) Planiol, Ripert et Hamel X Nr. 165 S. 189; Req. 29. 11. 1932 D.H. 1933, 20; Req. 28. 12. 1932 aa0;

anderer Ansicht: Demolombe XXV Nr. 556 S. 527 f; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 436 S. 588; Art. 1656 scheint mit der Meinung der Rechtsprechung ebenfalls in Widerspruch zu stehen.

schwankend in dieser Frage: Borricand, Rev. trim. 1957, 433 (445).

Diese Ausnahme von der Notwendigkeit für den Gläubiger, nach Art. 1184 C. civ. zu verfahren, greift nur ein, wenn dieser bei Vertragsschluß Vorsorge getroffen und ein "pacte comissoire" vereinbart hat. Aber auch bei fehlender Abbedingung des Art. 1184 C. civ. sind Fallgestaltungen denkbar, in denen es für den Gläubiger unzumutbar ist, bis zur Entscheidung über die mögliche Auflösungsklage am Verträge festzuhalten: Der Gläubiger einer von dem Schuldner zu liefernden Maschine, der diese seinerseits an einen Dritten veräußert hat, möchte wegen der Verzögerung der Herstellung die Möglichkeit der Ersatzbeschaffung nutzen, um selbst in der Lage zu sein, ordnungsgemäß zu erfüllen.

Diese unsichere Stellung des Gläubigers hat bereits früh zu Versuchen angeregt, zaghaft unter gewissen strengen Voraussetzungen ihm das Recht einer "rupture unilatérale" des Vertrages zuzugestehen. Cassin war der Wegbereiter dieser teilweisen Durchbrechung des Prinzips des Art. 1184 C. civ.¹⁾ Er erkannte die Gefahr der Benachteiligung des Gläubigers durch das Verfahren nach Art. 1184 C. civ. und gestattete es diesem in bestimmten Fällen, sich einseitig ohne Mitwirkung des Gerichts von seiner vertraglichen Bindung zu lösen. Demogue sah das Problem bereits früher, glaubte aber eine Lösung nur durch gesetzgeberische Maßnahmen erreichen zu können²⁾. Die auf Cassin aufbauende, heute herrschende Meinung hatte gewisse Grundsätze entwickelt, bei denen der Gläubiger sich als seiner Vertragspflicht enthoben betrachten kann:

-
- 1) R. Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus), thèse Paris 1914, S. 337 ff.
 - 2) Demogue, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Rev. trim. 1907, 245 (259).

1. Der Schuldner hat ernsthaft erklärt, er werde nicht mehr erfüllen¹⁾.
2. Es liegen Handlungen des Schuldners "constituant des manquements caractérisés à la bonne foi" vor²⁾.
3. Der Gläubiger muß auf Grund des vertragswidrigen Verhaltens seines Schuldners augenblicklich darüber entscheiden, ob er am Verträge festhalten oder sich von ihm abkehren will³⁾.
4. Der Gläubiger setzt seinem Schuldner nach Verzugs-eintritt eine angemessene Frist zur Erfüllung mit dem Hinweis, er werde sich nach ihrem Verstreichen nicht mehr an den Vertrag gebunden fühlen⁴⁾.

1) Saguès, La rupture unilatérale des contrats, thèse Paris 1937 S. 354 f; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 577; Carbonnier II Nr. 163 S. 550;

Req. 4. 1. 1927 S. 1927.1.88; Trib. com. de Marseille 2. 2. 1927 G.P. 1927.1.598;

a.A. Lepeltier, S. 180.

2) etwa Verzögerung der Leistung in der Absicht, den Gläubiger zu schädigen: vgl. Cassin thèse S. 353; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 577; Civ. 17. 1. 1906 D.P. 1906.1.262;

Von besonderer Bedeutung bei Pflichtverletzungen des Arbeitsvertrages (regelmäßig sind dies aber bereits Fälle endgültiger Nichterfüllung: vgl. oben S.23): Civ. 29. 4. 1936 D.H. 1936,331; Soc. 12. 1. 1945 G.P. 1945.1.89.

3) Cassin S. 355; Morel, Anm. zu Req. 22. 12. 1920 S. 1922.1.369; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 577 f; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1025 Anm. 2 S. 572; Carbonnier II Nr. 163 S.550; Marty et Raynaud II Nr. 308 S. 271; Req. 28. 3. 1905 S. 1905.1.216; Civ. 5. 12. 1934 G.P. 1935.1.134; Trib. civ. de la Seine 11. 7. 1939 S. 1942.2.23;

vgl. auch die zu Art. 1144 ergangenen Entscheidungen: Civ. 19. 7. 1950 G.P. 1950.2.325; Soc. 7. 12. 1951 G.P. 1952.1.219.

4) Cassin thèse S. 345; Lepeltier S. 180; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 891 S. 497; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 578; Saguès S. 355, der aber im Gegensatz zur herrschenden Meinung den Gläubiger an seine Ablehnungsandrohung binden will (S.361); Req. 4. 12. 1900 D.P. 1901.1.518;

Dementsprechend kann der Gläubiger den Vertrag erst

Bei Notwendigkeit einer Ersatzbeschaffung¹⁾ oder bei Unvereinbarkeit der Schadensminderungspflicht mit einem Festhalten am Vertrage (z.B.: Zweckmäßigkeit eines Verkaufs des von dem Gläubiger seinerseits geschuldeten Gegenstandes)²⁾ kommt man in Anwendung der obigen Grundsätze stets zur Zulässigkeit der "rupture unilatérale". Das schwerfällige Verfahren des Art. 1184 C. civ. wird dann nicht mehr gefordert, wenn es zu einer nicht mehr tragbaren Belastung des Gläubigers führen würde. Entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Art. 1184 C. civ. wird das Erfordernis der Klageerhebung für einen weiten Bereich aufgegeben; diese Aufweichung einer Gesetzesvorschrift läßt sich naturgemäß nur schwer rechtfertigen. Es scheint, daß Lehre und Rechtsprechung angesichts der praktischen Notwendigkeit einer leichter zu handhabenden Vertragsauflösung die Grenze der bloßen Gesetzesauslegung überschritten und sich rechtsschöpferisch betätigt haben³⁾.

Eine haltbare Begründung vermag nur der folgende Ansatzpunkt der Lehre von der Zulässigkeit der "rupture unilatérale" zu geben: Ist der Vertragsverstoß des Schuldners besonders gravierend, muß der Richter bei verständiger Würdigung der Sachlage auch im Bereich der "demeure" die Auflösung aussprechen. Steht aber die Begründetheit

recht als aufgelöst betrachten, wenn nicht die von ihm, sondern die von dem Richter gemäß Art. 1184 Abs. 3 C. civ. gesetzte Frist abgelaufen ist: Marty et Raynaud II Nr. 308 S. 271.

- 1) Req. 23. 4. 1856 D.P. 1856.1.246; Trib. civ. de la Seine 11. 7. 1939 S. 1942.2.23;

Zu weitgehend aber: Tunc in H. et L. Mazeaud et Tunc III Anm. 2 bis zu Nr. 2276 S. 401.

- 2) Demogue VI Nr. 17 S. 24.

- 3) vgl. zum Beispiel die Begründung von Morel in Anm. zu Req. 22. 12. 1920 S. 1922.1.369: "un véritable acte d'exécution privée".

der gemäß Art. 1184 C. civ. zu erhebenden Klage fest, braucht der Gläubiger den Erfolg seines Prozesses nicht abzuwarten und kann sich so verhalten, als ob bereits aufgelöst wäre. In dieser vorzeitigen Abkehr von dem Verträge liegt seinerseits keine Vertragsverletzung, wenn sein Auflösungsbegehren gerechtfertigt ist. Dafür, daß letzteres zutrifft, trägt er aber das Risiko¹⁾. Ist man diesen Schritt gegangen, liegt in der Klageerhebung nach bereits erfolgter "rupture unilatérale" eine bloße Formalität, auf die zu verzichten nicht mehr schwerfallen kann. Handelt der Schuldner seiner Pflicht, Verträge "de bonne foi" zu erfüllen, grob zuwider und gefährdet er dadurch gewichtige Interessen des Gläubigers, kann er als der Verursacher sich nicht auf die Nichtbeachtung des Erfordernisses der Klageerhebung berufen; angesichts der Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Folgen für den Gläubiger hätte dieses Verfahren ohnehin nur den Charakter eines formellen Aktes gehabt.

cc) Gegenüber der Vertragsauflösung nach Art. 1184 C. civ. enthält Art. 1144 C. civ. eine Sonderregelung.

Bei einer vertretbaren "obligation de faire", deren rechtzeitige Erfüllung ausbleibt, kann sich der Gläubiger auf Grund des Art. 1144 C. civ. vom Gericht ermächtigen lassen, die Handlung auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Art. 1144 C. civ. sieht keine Auflösung des Vertrages vor, sondern hält gerade an diesem fest. Die Leistung des Schuldners jedoch wird durch die eines Dritten ersetzt.

1) Dieser Ansatzpunkt findet sich besonders bei: Cassin S. 337 ff; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 428 S. 576 f;

vgl. auch Req. 4. 1. 1927 S. 1927.1.188.

Stellt man aber bei der Bewertung des Art. 1144 C. civ. auf die Lage des Schuldners ab, so leistet er in Wahrheit Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Art. 1144 C. civ. regelt die Ersatzbeschaffung durch den Gläubiger, wenn Gegenstand der Schuld eine vertretbare Handlung ist. Auch bei einem Vorgehen nach Art. 1144 C. civ. geht jener dazu über, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren. Denn entgegen § 887 ZPO ist Art. 1144 C. civ. keine Regel der Zwangsvollstreckung; die Bestimmung ist eine Vorschrift des materiellen Rechts.

Ob der Gläubiger den Schuldner in Verzug gesetzt haben muß, ehe er um die Ermächtigung nach Art. 1144 C. civ. nachsucht, ergibt sich aus der französischen Lehre und Rechtsprechung nicht eindeutig¹⁾. Teils scheint man nicht einmal auf ein Verschulden des Schuldners an der Verzögerung abzustellen²⁾, teils wird gerade dieses Verschulden besonders herausgestellt und offensichtlich in dem Antrag des Gläubigers nach Art. 1144 C. civ. an das Gericht die "mise en demeure" gesehen³⁾. Eine Analyse der ergangenen Entscheidungen rechtfertigt eine Trennung im Grundsätzlichen:

1. Falls der Schuldner persönlich in der Lage ist zu erfüllen, muß der Gläubiger ihn vor der Entscheidung des Richters über die Erteilung der Ermächtigung in Verzug gesetzt haben⁴⁾.

1) Ablehnend dürfte sicher die Einstellung des Lehrbuches von Mazeaud-Tunc sein: vgl. oben S. 103 Anm. 2.

2) so Civ. 2. 7. 1945 G.P. 1945.2.117.

3) Com. 20. 10. 1952 G.P. 1952.2.397; Soc. 5. 6. 1953 G.P. 1953.2.177 "en cas d'inexécution du débiteur"; vgl. auch Soc. 7. 12. 1951 G.P. 1952.1.219, welche die hartnäckige Leistungsverweigerung des Schuldners herausstellt.

4) Bei beharrlicher Verweigerung der Leistung durch den Schuldner und der Eilbedürftigkeit der Erfüllung kann der Gläubiger auch ohne richterliche Ermächtigung die Leistung von einem Dritten erbringen lassen: Soc. 7. 12. 1951 aaO.

2. Ist der Schuldner nicht in der Lage persönlich zu erfüllen, muß er also selbst einen Dritten mit der Erbringung der Leistung beauftragen, kann der Gläubiger bereits, ohne das Verfahren des Art. 1144 C. civ. zu beachten, von sich aus einen Dritten mit der Erfüllung betrauen, wenn die Leistung für ihn unentbehrlich ist, er der Erfüllung dringend bedarf; die Kosten der Ersatzvornahme müssen so gering wie möglich gehalten werden. Auf ein Verschulden des Schuldners oder gar auf den Eintritt der "demeure" wird nicht abgestellt¹⁾.

Dem Gläubiger wird bei Vorliegen dieser Voraussetzung die sonst dem Schuldner zustehende Auswahl des Dritten überlassen, weil ihm dessen Einschaltung wegen der Eilbedürftigkeit der Erledigung der Reparatur nicht zugemutet werden kann. Im übrigen gelten, soweit der unter 1. dargestellte Fall zutrifft, die Ausführungen zu Art. 1184 C. civ. entsprechend; auch die Grundsätze der "rupture unilatérale" finden sinngemäß Anwendung²⁾.

3. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund eingetretenen Schuldnerverzuges. Eine Gegenüberstellung der deutschen und französischen Regelung.

Der Vergleich des Art. 1184 C. civ. mit den §§ 286 II, 326 BGB offenbart die sehr unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtes des Gläubigers, von dem Anspruch auf die Leistung auf das Begehren von Schadensersatz wegen Nichterfüllung überzugehen.

1) Ciy. 2. 7. 1945 G.P. 1945.2.117; Soc. 23. 6. 1949 G.P. 1949.2.Table-Bail Nr. 52; Civ. 19. 7. 1950 G.P. 1950.2.325.

2) siehe S. 118 Anm. 4.

Bedarf es gemäß Art. 1184 C. civ. einer Auflösungsklage, kann der Gläubiger nach deutschem Recht unter den Voraussetzungen der §§ 286 II, 326 BGB den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung durch einseitige Erklärung auslösen. Sein Recht, zwischen Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen, ist im deutschen Recht an das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes gebunden, wie er in den §§ 286 II, 326 BGB umschrieben ist; nach Art. 1184 C. civ. besteht diese Wahlmöglichkeit scheinbar ohne Einschränkung, ist aber in Wahrheit durch die dem Richter obliegende Würdigung des Einzelfalles begrenzt. Nach dem BGB ist der Gläubiger an die einmal getroffene Wahl gebunden, nach der französischen Rechtsprechung zu Art. 1184 C. civ. ist er es dagegen nicht. Bietet der Schuldner während der ihm gemäß § 326 I BGB gesetzten Nachfrist die Erfüllung seiner Schuld an, muß der Gläubiger die Leistung annehmen; im französischen Recht kann der Richter trotz des Angebotes der Leistung während der Anhängigkeit der Klage die Auflösung des Vertrages aussprechen. Während § 326 BGB nur bei Verzug des Schuldners in der Erfüllung einer Hauptpflicht anwendbar ist¹⁾, gilt Art. 1184 C. civ. auch bei Verzug in der Erfüllung einer Nebenpflicht; das richterliche Ermessen gewinnt in diesem Bereich aber besondere Bedeutung²⁾. Bei dem Vergleich der einschlägigen Vorschriften des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches fällt auf, wie wenig Art. 1184 C. civ. dem Interesse aller Beteiligten an der Klärung des Schwebezustandes, in dem sich das Vertragsverhältnis während des Schuldnerverzuges befindet, Rechnung trägt. Die grundlegenden Unterschiede beider Systeme sind durch die Zulassung der "rupture unilatérale" des Vertrages verwischt worden. Das Recht der "rupture unilatérale", das dem Gläubiger unter anderem dann zustehen soll, wenn die von ihm dem

1) statt aller: Enneccerus-Lehmann § 52 II 3 S. 223.

2) vgl.: Civ. 1. 12. 1908 D.P. 1909.1.420.

Schuldner gesetzte angemessene Nachfrist abgelaufen ist¹⁾, schafft für das französische Recht eine ähnliche Lage, wie sie im deutschen Recht auf Grund des § 326 BGB besteht.

III. Die Heilung des eingetretenen Schuldnerverzuges

Die "demeure du débiteur" endet grundsätzlich erst, wenn der Schuldner die Leistung bewirkt. Es ist aber denkbar, daß der Verzug schon vor dem Zeitpunkt der tatsächlichen Erfüllung geheilt wird. So kann der Gläubiger darauf verzichten, sich auf den eingetretenen Schuldnerverzug zu berufen²⁾. Hierbei wird durch Auslegung des Verzichtes jeweils zu ermitteln sein, ob die Wirkungen des Verzuges nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit entfallen sollen.

Umstritten ist, ob der Verzug des Schuldners durch das tatsächliche Angebot der Leistung an den Gläubiger endet. Die herrschende Meinung sieht auf Grund eines solchen Angebotes den Verzug als geheilt an, falls eine Speziessache oder eine "obligation de faire" geschuldet wird. Etwas anderes gelte aber, wenn Geld oder eine andere nur der Gattung nach bestimmte Sache Leistungsgegenstand sei; auf Grund der Vorschriften der Art. 1257 ff C. civ.³⁾ bedürfe es in diesem Bereich zusätzlich noch der Hinterlegung, ehe der Schuldnerverzug geheilt sei⁴⁾.

1) vgl. oben S.115.

2) Aubry et Rau IV § 308 S. 144 f.

3) siehe zu den Art. 1257 ff C. civ. ausführlich den zweiten Hauptteil dieser Arbeit.

4) so, Aubry et Rau IV § 308 S. 145, § 322 S. 302 f; Baroncea S. 146 f;

Ist Geld Gegenstand der geschuldeten Leistung, hat die Rechtsprechung die Ansicht der h.L. ausdrücklich bejaht: Civ. 22. 3. 1921 D.P. 1923.1.69; Civ. 17. 1. 1928 G.P. 1928.1.479; Civ. 2. 12. 1929 G.P. 1930.1. 45; vgl. auch Civ. 10. 4. 1933 D.H. 1933,317;

Ein Teil der Lehre will nur bei Geld die Heilung des Verzuges auf den Zeitpunkt der Hinterlegung hinauschieben, bei anderen Gattungssachen aber auch durch das bloße tatsächliche Angebot der Leistung eintreten

Nur eine Mindermeinung läßt unabhängig von dem Gegenstand der geschuldeten Leistung stets mit dem Angebot den eingetretenen Verzug enden; sie verweist darauf, daß die Art. 1257 ff C. civ. ausdrücklich keine Regelung über die Heilung des Schuldnerverzuges enthalten, auf sie also nicht verwiesen werden darf, um dem tatsächlichen Angebot die verzugsaufhebende Wirkung abzusprechen¹⁾.

Diese Mindermeinung verdient den Vorzug. Zwar bleibt der Schuldner grundsätzlich im Verzuge, wenn er später die Erfüllung nicht mehr schuldhaft hinauszögert; aber diese aus dem Art. 1302 Abs. 1 C. civ. abzuleitende Folge kann nicht gelten, wenn der Schuldner nicht durch ein zufälliges Ereignis an der Bewirkung der Leistung gehindert ist, sondern durch das Ausbleiben der erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers. Bei Geld und anderen Gattungssachen die Heilung des Verzuges trotz der Nichtannahme des Erfüllungsangebots durch den Gläubiger nicht eintreten zu lassen, bedeutet eine unbillige Verschärfung der Verantwortlichkeit des Schuldners noch über die strenge Folge des Art. 1302 C. civ. hinaus.

lassen: Larombière Art. 1257 Nr. 8 und 9; Heinsheimer-Wolff Art. 1257-1264 Anm. II.

- 1) Laurent XVIII Nr. 198 S. 223 f; Paget S. 147 f (er verlangt aber die schuldhafte Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger); scheinbar auch Demogue VI Nr. 245 S. 273;

so früher auch: Pothier, Obligations I Nr. 144 S. 97, und II Nr. 663 S. 168; Angebot muß allerdings in Form einer sommation judiciaire erfolgen.

B. Der Schuldnerverzug bei gesetzlichen Ansprüchen

I. Geltung der Regeln der "demeure" über den Vertragsbereich hinaus?

Die "demeure du débiteur" ist bisher lediglich an Hand von Ansprüchen aus Vertrag dargestellt worden. Anlaß dieser Beschränkung war die Stellung der Vorschriften über die "demeure" im Code civil: Die Art. 1139, 1146, 1153, 1230, 1302 C. civ. finden sich sämtlich in dem "Titre troisième" des Gesetzes: "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général". Aus diesem Grunde wird eine Anwendung dieser Bestimmungen auf andere Ansprüche als solche vertraglichen Ursprunges teilweise grundsätzlich abgelehnt¹⁾. Diese Ansicht beruft sich des weiteren auch noch auf den Ausnahmecharakter der Verzugsregelung. Schränke diese den Grundsatz ein, dem Gläubiger sei jeder ihm schuldhaft zugefügte Schaden zu ersetzen²⁾, könne man nicht mit Hilfe dieser Sonderbestimmungen diese Beschränkung entgegen dem eindeutigen Art. 1382 C. civ. auch außerhalb des Bereiches der vertraglichen Ansprüche durchsetzen³⁾.

1) Pierrard, J.C.P. 1945.466; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2285 Anm. 2 S. 416, Nr. 2296 S. 423 f; ähnlich Lalou Nr. 87 S. 46 f; scheinbar auch Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 842 S. 469; vgl. auch Req. 12. 11. 1918 S. 1920.1.29.

Im deutschen Recht ist die Geltung der §§ 284 ff BGB auch für außervertragliche Ansprüche unbestritten. Das folgt einmal aus der Stellung der Verzugsvorschriften im Allgemeinen Teil des Schuldrechts und, soweit es sich um dingliche Ansprüche handelt, aus § 990 II BGB. Vgl. dazu: Erman-Groepper § 284 Anm.1; Palandt-Danckelmann § 284 Anm.1 a).

2) vgl. oben S. 64 ff.

3) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2296 S. 423.

Bereits Art. 1302 Abs. 4 C. civ. als Ausdruck des römisch-rechtlichen "fur est semper in mora"¹⁾ beweist, daß aus der Einteilung des Code civil nicht unbedingt zwingende Schlüsse gezogen werden dürfen. Die Bestimmung nimmt eine gesetzliche Verbindlichkeit, die Herausgabepflicht des Diebes, von der allgemeinen Regel des Art. 1302 Abs. 1 und 2 C. civ. aus und läßt bei dieser ohne jede "sommation" kraft Gesetzes die Zufallshaftung eintreten. Trotz der Stellung des Art. 1302 C. civ. im Abschnitt des Gesetzes über die Verträge könnte man daher den Schluß ziehen, die Bestimmung habe allgemeine Geltung und beziehe sich auf alle Leistungspflichten gleichgültig, auf welchem Rechtsgrund diese beruhen; bei anderen gesetzlichen Verbindlichkeiten als den in Art. 1302 Abs. 4 C. civ. genannten müßte dann die Zufallshaftung erst nach der Zustellung einer "mise en demeure" eintreten.

Diese These wird durch die Auslegung der Art. 1378, 1379 C. civ. in der Lehre bestätigt. Kennt der Verpflichtete eines Anspruches aus Art. 1377 C. civ.²⁾ sein mangelndes Recht an dem zurückzugewährenden Gegenstand oder ist es ihm infolge grober Nachlässigkeit unbekannt, haftet

-
- 1) Art. 1302 Abs. 4 C. civ. ist eng auszulegen; seine Anwendung auf jeden bösgläubig besitzenden Schuldner ist unzulässig. Vgl.: Demogue VI Nr. 253 S. 282; Fuzier-Herman Art. 1138 Nr. 54; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1323 S. 732.

Anders das deutsche Recht: vgl. § 848 BGB. - Im Unterschied zu Art. 1302 Abs. 4 wird dort aber der Schuldner nicht als "de plein droit" im Verzuge befindlich angesehen, sondern es wird an die Beschaffung des Besizes an dem Gegenstand durch unerlaubte Handlung nur eine der Verzugsfolgen angeknüpft. So: Oertmann § 848 Anm. 5; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1928, § 848 Anm. 1.

Außerdem berücksichtigt § 848 BGB im Gegensatz zu Art. 1302 Abs. 4 ähnlich wie § 287 S. 2 BGB den hypothetischen Kausalverlauf, d.h. der Schuldner haftet nicht, wenn der zufällige Untergang der Sache auch bei dem Gläubiger eingetreten wäre. Vgl.: RGRK-Kreft § 848 Anm. 2; Soergel-Schröder § 848 Anm. 3; Palandt-Gramm § 848 Anm. 1.

- 2) Die Vorschriften der Art. 1378 f C. civ. finden entsprechende Anwendung auf die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung: Demogue III Nr. 172 S. 283; Planiol, Ripert et Esmein VII Nr. 765 S. 75.

er gemäß Art. 1378 C. civ. für den Verzögerungsschaden; gemäß Art. 1379 C. civ. hat er weiterhin für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen. Liegen in der Person des Schuldners diese Voraussetzungen vor, kommt er "de plein droit" in Verzug¹⁾; ist ihm keine "mauvaise foi" vorzuwerfen, treten Schadensersatzpflicht und Zufallshaftung erst nach dem Erhalt der "mise en demeure" ein²⁾.

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln der "demeure" auf gesetzliche Ansprüche spricht auch Art. 474 Abs. 2 C. civ.; diese Vorschrift setzt den Beginn der Verzinsung solcher Beträge, welche das Mündel seinem Vormund schuldet, auf den Tag der Zustellung der "mise en demeure" fest. Es handelt sich dabei um eine außervertragliche Verbindlichkeit, auf die schon auf Grund ausdrücklicher Bestimmung die Verzugsregeln anzuwenden sind. - Man könnte nun ebenso Art. 474 Abs. 2 C. civ. als eine Ausnahme ansehen, welche die Verzugsvorschriften in einem besonderen Fall einer gesetzlichen Verbindlichkeit anwendet³⁾; sie ließe sich als solche aus dem

1) Demogue III Nr. 117 S. 180; Marty et Raynaud II Nr. 657 S. 680; Req. 11. 12. 1888 S. 1889.1.80; Civ. 20. 2. 1928 G.P. 1928.2.45.

2) Aubry et Rau VI § 442 S. 383 f; Demogue III Nr. 112 S. 176; Planiol, Ripert et Esmein VII Nr. 746 S. 34 f, Nr. 765 S. 75; Civ. 22. 6. 1892 D.P. 1892.1.565; Civ. 10. 7. 1895 S. 1895.1.312; vgl. Civ. 18. 4. 1953 D. 1953.403.

Nach deutschem Recht kann dagegen der Bereicherungsschuldner erst in Verzug geraten, wenn neben den Bedingungen der §§ 284 ff BGB noch die Voraussetzungen des § 818 IV oder des § 819 BGB gegeben sind; der Anspruch des Entreicherten muß rechtshängig sein oder der Bereicherte muß den Mangel des rechtlichen Grundes seines Besitzes kennen. So die h.M.: RGZ 93,271 (272) unter Bezugnahme auf die Motive zum BGB, Bd. 2 S. 838; RGZ 110, 430 (435); Erman-Seiler § 818 Anm. 7 a); Palandt-Gramm § 818 Anm. 7; anderer Ansicht Oertmann § 818 Anm. 4.

3) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2296 und die dortige Anm. 3 S. 423 f; Pierrard, J.C.P. 1945.466.

Gedanken des Minderjährigenschutzes begründen. Diese Auffassung kann darauf verweisen, daß Art. 474 Abs. 2 C. civ. nur eine überflüssige Wiederholung enthielte, wenn die Verzugsregeln ohnehin auch für gesetzliche Ansprüche allgemeine Gültigkeit hätten. - Zahlreiche Vorschriften des Code civil aber, die ihrerseits Ersatz wegen der Verzögerung in der Erfüllung einer gesetzlichen Verbindlichkeit ohne die Notwendigkeit einer "mise en demeure" anordnen¹⁾, widerlegen die Ansicht, Art. 474 Abs. 2 C. civ. sei die Ausnahme von der Regel. Die Art. 474 Abs. 1, 455 und 456²⁾, 856, 1378 C. civ. enthielten nämlich die überflüssige Wiederholung, würden die Verzugsregeln im außervertraglichen Bereich nicht gelten³⁾. Die mögliche Argumentation mit Art. 474 Abs. 2 C. civ. in umgekehrter Richtung kann daher angesichts der vielen Fälle, die zu der gegenteiligen Begründung Anlaß geben, nicht durchschlagen; man wird vielmehr in Art. 474 Abs. 2 C. civ. eine Klarstellung im Verhältnis zu Art. 474 Abs. 1 C. civ. sehen müssen.

Die Schlüsse, die aus den Art. 1302 Abs. 4, 1377 ff und 474 Abs. 2 C. civ. zu ziehen sind, widerlegen das Argument, die "demeure" sei eine Ausnahmeregelung des Vertragsrechts; der Anwendungsbereich dieses Rechtsinstitutes unterliegt keiner derart grundsätzlichen Beschränkung⁴⁾.

-
- 1) Die Bestimmungen erklären nur eine der Verzugsfolgen für sofort anwendbar; andere Verzugsfolgen als die Verpflichtung zum Ersatze des Verspätungsschadens treten erst ein, nachdem der Schuldner ordnungsgemäß in Verzug gesetzt worden ist. Vgl. Cuq, Manuel des institutions juridiques des Romains, S. 610 Anm. 3.
 - 2) vgl. Req. 2. 8. 1909 D.P. 1910.1.525: Sind auf Grund der besonderen Gestaltung des Einzelfalles die Art. 455, 456 nicht anzuwenden, schuldet der Leistungspflichtige Ersatz des Verzögerungsschadens erst ab dem Eintritt der "demeure".
 - 3) vgl. Civ. 15. 2. 1865 D.P. 1865.1.430: Art. 856 ist eine Ausnahme des allgemeingültigen Grundsatzes des Art. 1153.
 - 4) Meurisse, Dommages et intérêts compensatoires, J.C.P. 1947 premier semestre, I Doctrine 667 Nr. 18; dergl., Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge, G.P. 1962.2. Doctrine 15; vgl. auch Marty et Raynaud II Nr. 657 S. 680.

Diesen Standpunkt teilt die Rechtsprechung¹⁾. Besonders bei gesetzlichen Entschädigungsansprüchen wegen rechtmäßiger Beschlagnahme oder Enteignung hat sie dem Gläubiger unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 1153 C. civ. Ersatz des Verzögerungsschadens erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung einer formellen "mise en demeure" zugebilligt²⁾. Wenn im übrigen in der Praxis der französischen Gerichte die allgemeine Geltung der Verzugsvorschriften nur selten eindeutig herausgestellt wird, so liegt der Grund dafür in der Übung, in diesem Bereich bevorzugt auf das Mittel der "astreinte" zurückzugreifen, um den Schuldner zu der Erfüllung seiner gesetzlichen Verbindlichkeit anzuhalten³⁾. Eine genauere Überprüfung ergibt insbesondere bei neueren Entscheidungen, daß es sich bei der so bezeichneten "astreinte" in Wahrheit um die Zusprechung des künftig entstehenden Verzögerungsschadens handelt, die in die Form der "astreinte-non comminatoire" gekleidet ist⁴⁾.

1) Art. 1153 C. civ., eine allgemeine Regel: Civ. 14. 1. 1920 S. 1921.1.100; Req. 27. 6. 1922 S. 1922.1.280; vergleiche auch die auf der Vorseite unter Anm. 2 und Anm. 3 zitierten Entscheidungen.

2) Req. 26. 6. 1918 D.P. 1919.1.105; Civ. 22. 3. 1921 D.P. 1923.1.69; Civ. 17. 1. 1928 G.P. 1928.1.479; Civ. 9. 5. 1928 S. 1928.1.243; Com. 18. 10. 1948 G.P. 1948.2.233; Com. 5. 4. 1951 D. 1951 somm. 75; eine gleichlautende Entscheidung für den Fall der Verzögerung in der Auszahlung einer Arbeitsunfallrente: Civ. 20. 12. 1933 D.H. 1934, 67.

3) Civ. 14. 3. 1927 G.P. 1927.1.706; Civ. 22. 6. 1927 G.P. 1927.2.449.

4) vgl. dazu zunächst oben S.89 ;

Req. 11. 11. 1940 J.C.P. 1941 II 1654; Civ. 2. 2. 1955 Bull. civ. 1955 I 50; Civ. 31. 1. 1957 Bull. civ. 1957 II, 59; Civ. 22. 7. 1958 J.C.P. 1958 IV 133.

II. Das Verhältnis der "demeure" zu Art. 1382 C. civ.,
der Generalklausel des französischen Deliktsrechts

Die allgemeine Geltung der Vorschriften der "demeure" wäre aber lediglich von theoretischer Bedeutung, wenn das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Regeln und Art. 1382 C. civ. in der Weise gelöst werden müßte, daß beide Wege frei nebeneinander anwendbar wären. Da Art. 1382 C. civ. Ausgleich für jede schuldhaft e Schadenszufügung gewährt, würde dann der Schutzzweck des Institutes der "demeure" insoweit bei gesetzlichen Ansprüchen entwertet sein. Geschützt würde der Schuldner nur noch vor der strengen Zufallshaftung des Art. 1302 C. civ., soweit nicht der Absatz 4 dieser Bestimmung eingreift. Zahlreiche Entscheidungen, in denen Zinsen unabhängig von dem Vorausgehen einer "mise en demeure" zugesprochen werden¹⁾, deuten auf die Richtigkeit einer solchen Lösung des bestehenden Konkurrenzverhältnisses hin.

Erklärt man aber die "demeure" zu einem unumschränkt gültigen Rechtsinstitut, darf man dessen Schutzzweck nicht durch die unbeschränkte Zulassung des Rückgriffs auf Art. 1382 C. civ. vereiteln. Der Verzug bildet für eine gewisse Art schuldnerischer Pflichtverletzung ein Sonderrecht; bejaht man dessen allgemeine Geltung, darf man es nicht durch Anwendung der Deliktsregeln auf Fälle der Leistungsverzögerung aushöhlen. Dieser Gedanke liegt auch der Rechtsprechung der Cour de Cassation zugrunde. Im außervertraglichen Bereich beurteilt sich danach die zwar mögliche, aber vorübergehend ausbleibende Erfüllung ausschließlich nach den Art. 1146, 1153 C. civ.; es muß nur zwischen Gläubiger und Schuldner ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehen, dessen Entstehungsgrund nicht

1) statt vieler: Req. 27. 6. 1922 S. 1922.1.280; Crim. 29. 11. 1955 D. 1956, 177.

ein Anspruch aus Art. 1382 C. civ. sein darf¹⁾). Dabei ist zu beachten, daß bei Rückgabepflichtigen die Art. 1377 ff C. civ. dem Deliktsanspruch aus Art. 1382 C. civ. vorgehen²⁾; selbst dann ist also Grundlage des gesetzlichen Schuldverhältnisses nicht der Deliktsanspruch, mag der Schuldner den Besitz des zurückzuerstattenden Gegenstandes auch schuldhaft erlangt haben.

Falls das gesetzliche Schuldverhältnis auf einem Schadensersatzanspruch aus Art. 1382 C. civ. beruht, gelten besondere Grundsätze, die in dem folgenden Abschnitt dargelegt werden³⁾; dort wird näher zu den Gründen Stellung genommen werden, die eine solche Differenzierung gebieten.

-
- 1) vgl. Req. 26. 6. 1918 D.P. 1919.1.105: "Les intérêts dus au prestataire sont des intérêts moratoires, non des intérêts compensatoires, la réquisition militaire ne pouvant constituer de la part de l'Etat un fait dommageable susceptible de motiver l'allocation des dommages-intérêts".

In der Literatur klingt diese Abgrenzung erstmalig an bei Marty et Raynaud II Nr. 513 S. 559: "... la mise en demeure du débiteur est nécessaire en matière contractuelle, et de façon plus générale en cas d'obligation préexistante, qu'elle que soit sa source, pour que soient dus des dommages et intérêts moratoires".

vgl. noch: Civ. 22. 6. 1892 D.P. 1892.1.565; Cons. d'Etat 29. 7. 1943 G.P. 1943.2.217.

- 2) vgl. die Zitate unter Anm. 2 S. 125.
- 3) Diese grundsätzliche Unterscheidung nach dem Entstehungsgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses kommt auch zum Ausdruck in: Civ. 14. 1. 1920 S. 1921.1.100; Req. 27. 6. 1922 S. 1922.1.280.

C. Die Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung

Im vertraglichen wie im außervertraglichen Bereich können Verzögerungstatbestände der Form auftreten, daß der Schuldner seiner Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, nicht zur Zeit nachkommt. Unabhängig von dem Rechtsgrund des Ersatzanspruches ergibt sich bei einem Ausbleiben der Erfüllung die Frage, nach welchen Grundsätzen der durch die Verzögerung bedingte Schaden auszugleichen ist.

I. Der Zeitraum vor der richterlichen Entscheidung

Läßt man mit der herrschenden Meinung die Ersatzpflicht im Zeitpunkt des Schadenseintrittes entstehen¹⁾, kann der Gläubiger neben der durch das schädigende Ereignis bedingten Einbuße eine weitere erleiden, wenn sein Aus-

-
- 1) Die Frage, ob das richterliche Urteil den Ersatzanspruch des Gläubigers nur feststellt oder ihn erst entstehen läßt, ist sehr umstritten.

Für konstitutive Wirkung: Req. 29. 10. 1930 D.H. 1930.553; Civ. 5. 11. 1936 D.H. 1936.585; Crim. 18. 1. 1940 D.H. 1940, 102; Civ. 12. 11. 1941 D.C. 1942, 97 mit abl. Anm. Nast; Meurisse, Les intérêts, G.P. 1962.2.Doctrine 15.

Für deklarative Wirkung: Paris 4. 3. 1932 G.P. 1932. 1.756; Lyon 27. 3. 1935 D.H. 1935, 343; Civ. 9. 11. 1959 Bull. civ. 1959 I 386; Pierrard, J.C.P. 1945, 466; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 669 S. 937 ff; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2277-2 S. 405, Nr. 2301 S. 432.

Die heutige ständige Rechtsprechung scheint der Ansicht zu sein, der Anspruch entstehe seinem Grund nach im Zeitpunkt des Schadenseintrittes, er könne aber von dem Gläubiger erst geltend gemacht werden, wenn er gerichtlich festgestellt sei: vgl. Civ. 27. 2. 1957 Bull. civ. 1957 II 117; Civ. 27. 5. 1960 Bull. civ. 1960 II 234; Civ. 15. 3. 1961 Bull. civ. 1961 II 161; L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris 1933 S. 121 ff; Gervèsie, Anm. zu Lyon 22. 11. 1954 D. 1956, 628 (631); Lalou Nr. 111 S. 68.

gleichsanspruch nicht sofort, sondern erst nach einem gewissen Zeitraum befriedigt wird.

Teils wird vertreten, die Frage des Ersatzes dieses weiteren Schadens hänge davon ab, ob ein Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung oder aus unerlaubter Handlung gegeben sei. Im ersten Falle seien die Vorschriften der "demeure" anzuwenden, bei der Verzögerung der Erfüllung eines deliktischen Anspruches werde dagegen der "Verspätungsschaden" geschuldet, ohne daß die Zustellung einer "mise en demeure" vorausgegangen sein müßte¹⁾. Eine andere Auffassung verlangt stets die Beachtung der Verzugsregeln, gleichgültig, auf welchem rechtlichen Grund der Ersatzanspruch, dessen Erfüllung zunächst ausbleibt, beruht²⁾.

Im Gegensatz zu diesen Mindermeinungen, die zumindest im Bereich vertraglicher Schadensersatzansprüche den Verzögerungsschaden erst ab Eintritt der "demeure" zubilligen wollen, erkennen Lehre und Rechtsprechung diesen unabhängig davon zu, soweit er bis zu dem Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung entstanden ist³⁾. Eine Unterscheidung nach dem rechtlichen Ursprung der Ersatz-

1) H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2277 S. 403, Nr. 2297 S. 424, Nr. 2323 S. 454 f (ablehnend aber Tunc in Anm. 1 ter zu Nr. 2277 S. 404, der auch bei der Verzögerung in der Erfüllung eines vertraglichen Ersatzanspruches Art. 1153 C. civ. nicht anwenden will); Pierrard, J.C.P. 1945.466; Lalou Nr. 63 S. 35 f, Nr. 111 S. 65.

2) Nuville, Les intérêts en matière de responsabilité civile, G.P. vom 6. März 1937 Doctrine.

Nach Meurisse (Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge, G.P. 1962.2. Doctrine 15) wäre diese Lösung richtig, billigte man nicht, wie er, dem Urteil konstitutive, sondern nur deklarative Wirkung zu.

3) statt vieler: Req. 24. 3. 1942 D.A. 1942,118; Civ. 16. 2. 1948 S. 1949.1.69.

pflicht wird nicht getroffen¹⁾). Grund dieser Einstellung der Rechtsprechung ist der Grundsatz, dem Geschädigten sei Ersatz seines gesamten Schadens zu gewähren; dessen Umfang werde regelmäßig unter Zugrundelegung des Zeitpunktes der richterlichen Entscheidung festgestellt²⁾. Eine solche Bemessung, die den Gläubiger so zu stellen sucht, wie er gestanden hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre³⁾, schließt den Schaden mit ein, der durch die Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung entstanden ist. Diese Berechnung macht die Behauptung zahlreicher Entscheidungen begreiflich, vor dem Urteil bestehe kein Verspätungsschaden⁴⁾. Auf die Unge-

-
- 1) Civ. 17. 10. 1960 Bull. civ. 1960 I 358: "Tant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, la créance de réparation ne peut produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement. Les intérêts accordés à compter d'une date antérieure constituent une réparation complémentaire, faisant partie intégrante des dommages et intérêts accordés à titre principal"; vgl. auch Civ. 9. 11. 1959 Bull. civ. 1959 I 386.
 - 2) Req. 24. 3. 1942 aaO; Civ. 16. 2. 1948 aaO; Civ. 10. 5. 1950 D. 1950, 465; Soc. 19. 11. 1953 D. 1954, 361; Com. 16. 2. 1954 D. 1954, 534; Flaniol, Ripert et Esmein VI Nr. 681 S. 963.
 - 3) so Civ. 17. 12. 1959 J.C.P. 1960 II 11493 mit zust. Anm. von Esmein: "Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit."; ähnlich: Civ. 28. 10. 1954 J.C.P. 1955 II 8765; Crim. 19. 12. 1957 G.P. 1958.1. 142; Civ. 25. 5. 1960 G.P. 1960.2.161; Civ. 12. 10. 1962 Bull. civ. 1962 II 473; Pau 19. 5. 1964 S. 1965, 308.
 - 4) Civ. 17. 10. 1960 aaO; Civ. 15. 3. 1961 D. 1961 somm. 71; Soc. 30. 11. 1962 Bull. civ. 1962 IV 718; Civ. 3. 1. 1963 G.P. 1963.1.335; Civ. 6. 3. 1963 Bull. civ. 1963 II 213.

naugigkeit dieser Begründung ist des öfteren hingewiesen worden¹⁾: Die Schadensbemessung nach dem Zeitpunkt der Entscheidung gilt die auf der Verzögerung der Ersatzleistung beruhende Einbuße des Gläubigers mit ab; Urteile der Cour de Cassation bringen dies mittelbar dadurch zum Ausdruck, daß sie zusätzlich zu den "dommages et intérêts accordés à titre principal"²⁾ dem Gläubiger noch intérêts compensatoires"³⁾ zusprechen. Die Rechtsprechung hat im Bereich vertraglicher wie deliktischer Ansprüche eine Begrenzung dieses Umfanges des Schadensersatzes durch Anwendung der Regeln der "demeure", insbesondere der Art. 1146, 1153 C. civ., ausdrücklich abgelehnt⁴⁾. Die Verfechter der deklarativen Wirkung des Schadensersatz zuerkennenden Urteils⁵⁾ begründen ihre diese Rechtsprechung billigende Ansicht teils mit dem Wesen des Ersatzanspruches, der vor

-
- 1) Aubry et Rau VI § 445 S. 498 f; Pierrard, J.C.P. 1945.466; Gervésie, Anm. zu Lyon 22. 11. 1954 D. 1956, 628 (631); Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 684-2 S. 974; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2416 S. 556 f; Tunc, Besprechung von Civ. 3. 1. 1963 in Rev. trim. 1963, 742 f; ausdrückliche Bezeichnung als "dommage moratoire" in Req. 7. 1. 1946 D. 1946, 185; ähnlich Civ. 9. 11. 1959 Bull. civ. 1959 I 386; Civ. 6. 3. 1959 D. 1959 somm. 38.
 - 2) Civ. 17. 10. 1960 Bull. civ. 1960 I 358.
 - 3) Req. 29. 10. 1930 D.P. 1930.1.148; Req. 19. 7. 1932 D.P. 1933.1.118; Req. 24. 10. 1932 D.P. 1932.1.176; Civ. 22. 5. 1933 G.P. 1933.2.421; Civ. 15. 3. 1961 D. 1961 somm. 71; nicht mehr die ausdrückliche Bezeichnung der Zinsen als "intérêts compensatoires" verlangend: Soc. 10. 1. 1963 Bull. civ. 1963 IV 43.
 - 4) Civ. 21. 10. 1912 S. 1913.1.195; Civ. 3. 6. 1924 G.P. 1924.2.372; Crim. 29. 11. 1955 D. 1956, 177; Civ. 5. 3. 1959 Bull. civ. 1959 I 115; Aubry et Rau IV § 308 S. 143 f; a.A. früher: Req. 4. 3. 1872 D.P. 1872.1.327.
 - 5) Erkennt man dem Urteil konstitutive Wirkung zu, entsteht vor der Verkündung der richterlichen Entscheidung in der Tat kein Verzögerungsschaden, da diese erst den Ersatzanspruch des Gläubigers begründet.

dem Urteil weder seiner Höhe noch seinem Inhalt nach bestimmt sei¹⁾, teils mit der Erwägung, den Schuldner eines Schadensersatzanspruches habe das Gesetz nicht durch Anwendung der Regeln der "demeure" begünstigen wollen²⁾.

Überzeugend ist aber nur eine Begründung, die auch in dem Schaden, der durch die Verzögerung der Schadenswiedergutmachung bedingt ist, eine unmittelbare Folge der unerlaubten Handlung oder der Vertragsverletzung selbst sieht. Formulierungen in der Rechtsprechung wie

"ces intérêts sont accordés à titre de supplément de dommages-intérêts"³⁾,

"l'art. 1153 C. civ. n'est pas applicable aux intérêts des sommes allouées à titre de réparation du dommage causé par la faute du débiteur"⁴⁾,

"les intérêts faisant partie intégrante des dommages-intérêts accordés à titre principal"⁵⁾

deuten diese dogmatische Begründung an, die in einer Entscheidung der Cour de la Cassation deutlich zum Ausdruck kommt:

-
- 1) vgl. Lalou Nr. 111 S. 65; anklingend bei Tunc in H. et L. Mazeaud et Tunc III Anm. 1 ter zu Nr. 2277 S. 404.
 - 2) Aubry et Rau VI § 445 S. 498 f; Planiol, Ripert et Esmein VI Nr. 684-2 S. 974.
 - 3) Civ. 15. 3. 1961 D. 1961 somm. 71; ähnlich: Civ. 3. 6. 1924 G.P. 1924.2.372; Civ. 9. 11. 1959 Bull. civ. 1959 I 386; Civ. 17. 10. 1960 Bull. civ. 1960 I 358.
 - 4) Req. 4. 12. 1929 G.P. 1930.1.221; ähnlich Civ. 3. 6. 1924 aaO; Req. 22. 4. 1929 S. 1929.1.295; Req. 25. 11. 1936 S. 1937.1.14.
 - 5) Req. 29. 10. 1930 D.P. 1930.1.148; Civ. 22. 5. 1933 G.P. 1933.2.421; Civ. 17. 10. 1960 Bull. civ. 1960 I 358.

"Dès lors que l'Etat a été reconnu, par une décision de justice devenue définitive, responsable d'un accident survenu à l'élève d'une école primaire publique, les juges du fond appelés à statuer sur la fixation du dommage sont tenus d'assurer la réparation intégrale du préjudice, conséquence directe de l'accident;

Par suite, ils peuvent comprendre dans l'évaluation de ce préjudice le retard apporté à sa réparation - notamment au paiement d'une provision - sans spécifier distinctement le montant du préjudice initial et celui du dommage moratoire"1).

Der Verzögerungsschaden ist eine "direkte" Folge des eigentlichen schadenszufügenden Ereignisses im Sinne des Art. 1151 C. civ. Als solcher ist er untrennbarer Bestandteil des durch die unerlaubte Handlung oder durch die Vertragsverletzung entstandenen Schadens2). Er wird unabhängig davon ersetzt, ob 1. dem Schuldner eine "mise en demeure" des Gläubigers zugegangen ist, 2. der Schuldner die Leistungsverzögerung zu vertreten hat. Weitergehende Regeln des französischen Rechts über den Umfang des verursachten Schadens rechtfertigen bereits den Ersatz der durch eine Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung bedingten Einbuße des Gläubigers; die allgemeingültigen Regeln der "demeure" werden durch den Grundsatz des Art. 1151 C. civ. überlagert.

1) Req. 7. 1. 1946 D. 1946,185; Ähnlich klar Civ. 9. 11. 1959 Bull. civ. 1959 I 386.

2) so auch Pierrard, J.C.P. 1945.466; Tunc in H. et L. Mazeaud et Tunc III Anm. 1 ter zu Nr. 2277 S. 404, Ann. 4 zu Nr. 2277-6 S. 408;

unrichtig daher Civ. 9. 1. 1935 D.H. 1935,132.

Gilt Art. 1153 C. civ. also nicht, wendet die Rechtsprechung faktisch die Bestimmung doch insoweit an, als sie oft im Wege freier Schadensschätzung eine Einbuße des Gläubigers in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes feststellt¹⁾.

Gelten im Einzelfall ausnahmsweise die oben entwickelten Grundsätze über den Umfang des Schadensersatzes aber nicht, erhalten die Vorschriften über den Verzug wieder Bedeutung. Dieser Fall kann etwa eintreten, wenn die Ersatzleistung des Schädigers ihrer Höhe nach auf Grund von Vertrag²⁾ oder Gesetz beschränkt ist. Schuldet dieser nämlich nur eine bestimmte, begrenzte Summe zum Ausgleiche des entstandenen Schadens, so kann, verzögert er deren Zahlung schuldhaft, Ersatz der durch diesen Umstand bedingten weiteren Einbuße nur nach Verzugsgrundsätzen verlangt werden³⁾; da Art. 1151 C. civ. nicht mehr eingreift, ist der Verspätungsschaden wieder gesondert zu betrachten. Die "demeure" findet ebenfalls wieder Anwendung, wenn ausnahmsweise bei der Schadensbemessung

1) vgl. dazu: Lalou, Les intérêts des dommages-intérêts, D.H. 1935 chron. 65 (68).

2) Derartige Klauseln sind grundsätzlich zulässig: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 871 S. 204; H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2583 ff S. 746 ff.

3) Verzögerung in der Zahlung der für den Fall der Nichterfüllung vereinbarten Vertragsstrafe, die den Nichterfüllungsschaden mitabgelten sollte: Civ. 17. 1. 1950 S. 1951.1.8.

Das gleiche gilt, wenn die Haftpflichtversicherung dem Dritten - im Wege der "action directe" - nur bis zu einer begrenzten Garantiesumme haftet und die Auszahlung dieses Betrages schuldhaft hinauschiebt: H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2663-2 S. 824 f;

a.A. Civ. 12. 11. 1941 D.C. 1942,97 mit abl. Anm. Nast (die Entscheidung geht noch von der konstitutiven Wirkung des Schadensersatz zusprechenden Urteils aus), vgl. auch die abl. Besprechung der Entsch. durch H. et L. Mazeaud, Rev. trim. 1942,359;

anders Gervésie, Anm. zu Lyon 22. 11. 1954 D. 1956, 628, der in diesen Fällen den Verzögerungsschaden bereits bei Vorliegen eines Verschuldens des Schädigers an dem Ausbleiben des Ersatzes zuerkennen will, eine "mise en demeure" also nicht fordert.

nicht der Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung, sondern der Zeitpunkt des Schadenseintrittes zugrunde-zulegen ist¹⁾.

II. Der Zeitraum nach der richterlichen Entscheidung

Ist der Ersatzanspruch dem Gläubiger durch richterliche Entscheidung zugesprochen worden und verzögert der Schuldner danach noch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, kann der auf diesem Umstand beruhende weitere Schaden des Gläubigers nur bei Nachweis des Eintrittes der "demeure" verlangt werden²⁾. Streitig ist, ob mit der Erhebung der Schadensersatzklage durch den Gläubiger der Schuldner bereits in Verzug gesetzt ist oder ob es noch eines entsprechenden Aktes durch den Gläubiger nach Er-lauf der Entscheidung bedarf³⁾. Wird aber die Verzöge-rung der Ersatzleistung vor dem Urteil nur deshalb nicht nach Verzugsgrundsätzen behandelt, weil der Verspätungs-schaden gemäß Art. 1151 C. civ. Bestandteil der durch

1) so Civ. 27. 6. 1938 G.P. 1938.2.412; Cons. d'Etat 24. 2. 1950 D. 1950,501.

2) a.A. nur H. et L. Mazeaud et Tunc III Nr. 2297 S. 424 f, der die Art. 1146, 1153 C. civ. als spezielle Vorschriften des Vertragsrechtes ansehen will und da-her nach dem zusprechenden Urteil keine Verzugsgrund-sätze anwenden will, wenn es sich bei dem zuerkannten Anspruch um einen solchen aus Delikt handelt.

3) Für den Zinslauf ab dem Zeitpunkt der Entscheidung: Paris 17. 11. 1947 D. 1948 somm. 10; Paris 22. 5. 1950 D. 1950,471; Civ. 20. 2. 1957 Bull. civ. 1957 II 102; Civ. 6. 3. 1963 Bull. civ. 1963 II 156; Trib. de Grande Instance Le Mans 17. 12. 1963 G.P. 1964.1. somm. 21;

Zinslauf erst ab Zustellung einer "mise en demeure": Civ. 25. 5. 1936 G.P. 1936.2.292; Cour d'Appel de Paris 29. 11. 1951 G.P. 1952.1.266; so scheinbar auch Civ. 8. 2. 1939 G.P. 1939.1.628; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 842 S. 469 Anm. 1; Lalou Nr. 63 S. 36, Nr. 73 S. 39; ders., Les intérêts des dommages-intérêts, D.H. 1935 chron. 65 (67,68).

das schädigende Ereignis ausgelösten Einbuße ist, muß die in der Klageerhebung liegende Mahnung fortwirken. Unter der Voraussetzung, daß der Schuldner die nicht rechtzeitige Leistung zu vertreten hat, wird dieser durch die Klageerhebung in Verzug gesetzt. Entfällt mit der richterlichen Entscheidung der Ersatz des Verzögerungsschadens in Anwendung des Art. 1151 C. civ., so wird er ab diesem Zeitpunkt wegen der eingetretenen "demeure" nach Art. 1153 C. civ. ersetzt¹⁾.

III. Die Behandlung der Verzögerung in der Schadenswiedergutmachung nach deutschem Recht

Auch für das deutsche Recht erscheint eine Klärung der Frage sinnvoll, welche Grundsätze den Ersatz der weiteren Einbuße regeln, die dem Gläubiger durch die Verzögerung der ihm geschuldeten Schadenswiedergutmachung entstanden ist. Die Verzugsvorschriften, die den Ausgleich dieses weiteren Schadens einschränkenden Voraussetzungen unterwerfen würden, könnten ebenfalls durch weitergehende Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Umfang des durch die Verletzung adäquat verursachten Schadens überlagert sein.

Der Ersatzanspruch des Gläubigers, der mit dem Schadenseintritt entsteht und sofort fällig ist²⁾, bemißt dessen Einbuße auf Grund des § 249 BGB danach, wie jener gestanden hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Grundlage für die Feststellung dieses Schadens wird grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sein³⁾. Ebenso wie im französischen Recht

1) Tunc in H. et L. Mazeaud et Tunc III Anm. 4 zu Nr. 2277-6 S. 408 für Schadensersatzansprüche auf Grund von Vertragsverletzungen.

2) BGHZ 35,256 (260); BGH VersR 1962,548 (550); BGH Urteil vom 27. 4. 1964 LM Finanzvertrag Nr. 36.

3) RGZ 142,8 (11); RGZ 149,135 (137); BGHZ 3,162 (177); BGHZ 5,138 (142); BGHZ 30,29 (35).

gilt eine derartige Bemessung den durch die Verzögerung der Ersatzleistung bedingten Verlust¹⁾ mit ab. Der Verspätungsschaden ist bloßer Folgeschaden; als solcher wird er unabhängig davon ersetzt, ob der Schuldner die Verzögerung zu vertreten hat²⁾ und ob er im Sinne des § 284 Abs. 1 BGB zur Leistung aufgefordert worden ist.

Doch besteht ein wesentlicher Unterschied zu der Einstellung der französischen Gerichte: Nach deutschem Recht ist der Gläubiger gehalten, grundsätzlich seinen gesamten Schaden nachzuweisen. Wo die Cour de Cassation im Wege freier richterlicher Schadensschätzung faktisch die Zinspauschale des Art. 1153 C. civ. zuspricht, erhält der Gläubiger gesetzliche Zinsen ohne Nachweis einer entsprechenden Einbuße gemäß § 291 BGB erst ab Rechtshängigkeit³⁾; der vor der Klageerhebung durch die Verzögerung der Ersatzleistung entstandene Schaden wird nicht auch durch eine Zinspauschale ausgeglichen⁴⁾. Soweit die Verpflichtung des Schuldners als eine Geldwertschuld im engeren Sinne⁵⁾ anzusehen ist, verbietet sich

-
- 1) Der Verzögerungsschaden muß aber durch die Verletzungshandlung adäquat verursacht sein. Das ist aber stets der Fall, wenn der Verletzte dadurch, daß er die Reparaturkosten vorstreckt, einen Zinsverlust erleidet: BGH VersR 1962, 548 (550); BGH Urteil vom 27. 4. 1964 aaO; anderer Ansicht früher BGHZ 1, 34 (40).

Soweit es sich um den Ersatz dieses Verspätungsschadens handelt, wird aber jeweils ein Mitverschulden des Gläubigers nach § 254 II 1 BGB zu prüfen sein.

- 2) Fikentscher § 55 II 2 S. 270 ff.
- 3) Ab dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist auch der unbefristete Schmerzensgeldanspruch zu verzinsen: BGH NJW 1965, 1376; a.A. noch OLG Köln NJW 1960, 388 (389).
- 4) vgl. aber etwa die §§ 819, 820 BGB, welche den Eintritt der Wirkungen der Rechtshängigkeit vorverlegen.
- 5) Zur Unterscheidung von Geldwert- und Geldsummenschuld vgl.: Larenz I § 13 III, VI, VII, S. 142 ff; Palandt-Danckelmann §§ 244, 245 Anm. 2; OLG Köln NJW 1960, 388.

die Verzinsung schon wegen der mangelnden Bestimmtheit der Schuldhöhe¹⁾.

Aber auch bei einer Geldsummenschuld erhält der Gläubiger vor der Rechtshängigkeit keine Zinsen als Pauschalausgleich für den erlittenen Schaden. Zinsen erhält er nur, wenn er zumindest die Wahrscheinlichkeit eines Schadens nachweist. Dieser Notwendigkeit wird er nicht durch § 287 ZPO enthoben; auch nach dieser Vorschrift muß er Tatsachen dartun, welche eine derartige Schätzung zu rechtfertigen vermögen²⁾. Darin tritt auch keine Änderung wegen der Möglichkeit einer abstrakten Berechnung des entgangenen Gewinnes nach § 252 S. 2 erste Alternative BGB ein³⁾. Bei hypothetischer Zugrundelegung einer Ersatzleistung am Tage des Schadenseintrittes⁴⁾ spricht der "gewöhnliche Lauf der Dinge" nicht ohne weiteres für einen entgangenen Gewinn in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes, weil der Geschädigte das Geld etwa hätte anlegen können; der Geschädigte muß den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgestellt auf seine persönlichen Verhältnisse darlegen, der bloße Hinweis auf die allgemeine Möglichkeit, Geld zu dem gesetzlichen Zins anzulegen, genügt nicht⁵⁾. - Dies ergeben auch die §§ 290, 849 BGB. Danach ist die Zuerkennung gesetzlicher Zinsen ohne Nachweis einer Einbuße auf die Entschädigungssumme für "den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit" (z.B.: der merkantile

1) Larenz I § 13 VII S. 147. Nur die §§ 290, 849 BGB sehen die Verzinsung einer bloßen Geldwertschuld vor: OLG Köln aaO S. 389.

2) Wieczorek § 287 ZPO Anm. D II b; vgl. auch RGZ 130, 108 (112, 113); BGHZ 6, 62 (63).

3) Zu dem Streit über die rechtliche Bedeutung dieser Vorschrift vgl.: Staudinger-Werner § 252 Anm. 8 ff.

4) Bei der abstrakten Berechnung des entgangenen Gewinnes bedarf es stets der Feststellung eines Stichtages: BGHZ 2, 310 (313).

5) Palandt-Danckelmann § 252 Anm. 3 b); vgl. insbesondere auch Staudinger-Werner § 288 Anm. 7.

Minderwert, nicht aber die aufgewendeten Reparaturkosten)¹⁾ beschränkt. Außerhalb dieser Sondervorschriften soll eine Verzinsung der Ersatzforderung ohne Nachweis eines Schadens oder zumindest der Wahrscheinlichkeit eines solchen ausgeschlossen sein²⁾.

Der auf der Verzögerung der Schadenswiedergutmachung beruhende Schaden des Gläubigers wird nach deutschem wie französischem Recht regelmäßig unabhängig von dem Eintritt des Schuldnerverzuges ersetzt. Vermutet die Cour de Cassation weitgehend die Entstehung einer solchen weiteren Einbuße, indem sie faktisch den dem Gläubiger günstigen Teil des Art. 1153 C. civ. anwendet³⁾, bejaht der Bundesgerichtshof dagegen außer in den Fällen der §§ 290, 849, 291 BGB einen Zinsverlust nur bei entsprechendem Nachweis.

Soweit ein Zinsverlust des Gläubigers auf Grund gesetzlicher Bestimmungen oder - im französischen Recht - im Wege freier richterlicher Schadensschätzung ohne näheren Anhaltspunkt für eine entsprechende Einbuße vermutet wird, ist auf eine Fehlerquelle hinzuweisen, welche die französische Rechtsprechung richtigerweise besonders herausgestellt hat. Wird der Schaden nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bemessen und werden außerdem pauschal dem Gläubiger gesetzliche Zinsen auf Grund der gegebenen Verzögerung der Ersatzleistung zuerkannt, besteht die Gefahr, daß dieser seinen Verspätungs-

1) BGH VersR 1962,548 (550).

Zur Geltung der §§ 290, 849 auch bei unmittelbarem Entzug von Geld: BGHZ 8,288 (298,299).

2) vgl. BGH VersR 1962,548 (550); BGH Urteil vom 27. 4. 1964 LM Finanzvertrag Nr. 36.

3) siehe oben S. 136.

schaden doppelt - einmal konkret, ein anderes Mal abstrakt ermittelt - erhält¹⁾. Auf diese Gefahr ist auch im deutschen Recht zu achten, wenn die §§ 290, 849, 291 BGB angewendet werden.

Soweit der Gläubiger einer Geldsummenschuld gemäß §§ 249, 252, 290, 849, 291 BGB keine Zinsen für die auf der ausbleibenden Schadenswiedergutmachung beruhende Einbuße erhält, kann er gemäß § 288 BGB bei Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen Verzinsung seiner Ersatzforderung verlangen²⁾; das trifft besonders zu, wenn auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung der endgültigen Schadensbemessung ein früherer Zeitpunkt als jener der letzten mündlichen Verhandlung zugrunde zu legen ist.

-
- 1) vgl. Com. 23. 11. 1959 Bull. civ. 1959 III 343; Civ. 2. 3. 1960 Bull. civ. 1960 II 108. 20. 2. 1963 Bull. civ. 1963 II 121.

In einer Entscheidung ist daher angenommen worden, der Gläubiger könne wählen zwischen einer Schadensberechnung nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und einer solchen nach dem Zeitpunkt des jeweiligen Schadenseintrittes zuzüglich der Zuerkennung von Zinsen von diesem Tage ab: Civ. 18. 4. 1953 D. 1953, 403.

- 2) so BGHZ 1, 34 (40); BGH Urteil vom 27. 4. 1964 LM Finanzvertrag Nr. 36: Wegen mangelnden Verschuldens kommt der Schädiger während eines angemessenen Zeitraums, dessen seine Versicherung zur Überprüfung der Ansprüche des Verletzten bedarf, nicht in Verzug.

Zweiter Hauptteil

LA DEMEURE DU CREANCIER

Hat der Code civil den Schuldnerverzug nur lückenhaft geregelt, erwähnt er die "demeure du créancier" unter diesem Namen überhaupt nicht¹⁾. Lediglich die Art.

1257 ff C. civ. ermöglichen es dem leistungswilligen Schuldner, sich gegen den Willen des Gläubigers von seiner Verpflichtung zu befreien. In der französischen Lehre herrscht Streit, ob diese Bestimmungen die "demeure du créancier" verkörpern oder ob sogar außerhalb der Art. 1257 ff C. civ. ein solches Institut im französischen Recht anzuerkennen ist.

A. Die Art. 1257 ff C. civ. als Regelung der "demeure du créancier" im französischen Recht?

I. Eine Auseinandersetzung mit der Vielfalt bestehender Meinungen ist nicht denkbar, ohne sich vorher die Art. 1257 ff C. civ., das Institut "Des offres de paiement et de la consignation", vergegenwärtigt zu haben.

Danach kann der Schuldner, der bereit und in der Lage²⁾ ist zu erfüllen, bei gewissen Arten von Verbindlichkeiten durch Angebot und Hinterlegung des Leistungsgegenstandes seine Schuldbefreiung erreichen.

a) Vorangehen muß ein wirksames tatsächliches Angebot der geschuldeten Leistung (Art. 1258, 1257 Abs. 2 C. civ.). Anbietender und Gläubiger oder der jeweilige gesetzliche Vertreter müssen geschäftsfähig sein (Art. 1258 Zif. 1 und 2 C. civ.). Für das Angebot hat der

1) Zur Kritik siehe David, Rev. crit. 1939, 95 (99 f).

2) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1207 S. 613.

Verpflichtete das strenge formalisierte Verfahren zu beachten, das Art. 1258 C. civ. vorschreibt. Er muß durch einen "officier ministériel" (huissier oder notaire) dem Gläubiger an dessen Wohnort die vollständige¹⁾ Leistung anbieten. An das Angebot dürfen keine unzulässigen Bedingungen geknüpft sein²⁾. Kennt der Schuldner die Höhe seiner Verbindlichkeit nicht, weil er dazu etwa genauer Auskünfte des Gläubigers bedarf, so kann er seine Leistung dennoch wirksam anbieten: Er schätzt den geschuldeten Betrag oder setzt für ihm nicht bekannte Nebenleistungen einen Merkposten ein und fügt seinem Angebot die Erklärung hinzu, er werde die angebotene Leistung entsprechend der ihm darzulegenden wahren Schuldhöhe vervollständigen³⁾. - Regelmäßig kann der Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung bereits vor dem Eintritte der Fälligkeit anbieten; nach dem Grundsatz des Art. 1187 C. civ. gilt der vereinbarte Leistungstermin regelmäßig nur zugunsten des Schuldners⁴⁾. Nur ausnahmsweise kann der Zeitpunkt der Fälligkeit auch zugunsten des Gläubigers vereinbart sein, etwa im Falle eines verzinslichen Darlehens⁵⁾.

1) vgl. dazu: Civ. 6. 2. 1901 D.P. 1902.1.73; Req. 17. 2. 1908 D.P. 1908.1.159; Req. 17. 4. 1934 S. 1934.1. 190; Civ. 3. 12. 1962 Bull. civ. 1962 I 434.

2) Req. 17. 2. 1925 D.H. 1925,178; Civ. 12. 5. 1952 D. 1952,793.

3) Civ. 6. 2. 1901 aaO; Req. 19. 12. 1927 D.P. 1929.1. 109; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1208 S. 614.

4) Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1603 S. 702; Zu den Fällen, bei denen der Leistungstermin in das Belieben des Gläubigers gestellt ist: vgl. Baronea S. 112 f.

5) vgl. Req. 21. 4. 1896 D.P. 1896.1.484.

Das Erfordernis eines der Hinterlegung vorangehenden tatsächlichen Angebotes der Leistung kann unter Umständen entgegen den Vorschriften der Art. 1257, 1258 C.civ. entfallen. Ist der Gläubiger nicht auffindbar¹⁾, ist er geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter, ist gegen ihn ein "saisie-arrêt" ergangen, durch das ihm die Einziehung der Forderung verboten ist²⁾, kann der Schuldner ohne vorheriges Angebot sofort zur Hinterlegung der Schuld schreiten. Dieses Recht hat er weiter dann, wenn er Wechselschuldner ist (Art. 139 C. com.).

b) Lehnt der Gläubiger das formgerechte Angebot ab³⁾, fertigt der "officier ministériel" über die Tatsache dieses Angebotes ein "procès-verbal" an, das den angebotenen Gegenstand genau bezeichnet⁴⁾ und dessen Nichtannahme durch den Gläubiger erwähnt. Nunmehr kann der Schuldner die Leistung hinterlegen, nachdem er zuvor noch dem Gläubiger eine "sommation" zugestellt hat, in der ihm die bevorstehende Hinterlegung unter Angabe des vorgesehenen Ortes und Zeitpunktes mitgeteilt wird (Art. 1259 Zif. 1 C. civ.). Hinterlegungsort für Geldschulden ist die "Caisse des dépôts et consignations" (Art. 110, 111 de la loi du 28 avril 1816). Über die Tatsache der Hinterlegung selbst wird ein weiteres "procès-verbal" angefertigt, das den hinterlegten Gegenstand bezeichnet und dessen erneute Nichtannahme durch den Gläubiger oder dessen Nichterscheinen im Hinterlegungstermin vermerkt.

-
- 1) Violette, Des offres réelles en droit français, thèse S. 22.
 - 2) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1210 S. 615.
 - 3) Der Ablehnung steht die Abwesenheit und das Schweigen des Gläubigers gleich: Fuzier-Herman Art. 1257 Nr. 16;
Gleiches gilt für die Annahme unter unzulässigen Bedingungen: Req. 17. 6. 1942 D.A. 1943, 21.
 - 4) Req. 17. 4. 1934 S. 1934.1.190: Es gilt Art. 812 C. proc.

Nimmt der Gläubiger an dem Termin nicht teil, hat ihm der Schuldner nochmals eine "sommation" mit der Aufforderung zuzustellen, die Leistung am Orte der Hinterlegung abzuholen. Deren Unterlassung bleibt aber ohne nachteilige Folgen: Die Wirkungen der Hinterlegung treten nämlich schon zu deren Zeitpunkt ein¹⁾.

c) Mit wirksamer Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei (Art. 1257 Abs. 2 C.civ.); die Erfüllungswirkung ist aber nur provisorischer Natur²⁾, da der Schuldner noch in dem durch die Art. 1261, 1262 C. civ. gesetzten Rahmen die Möglichkeit der Rücknahme des hinterlegten Gegenstandes hat. Die Gefahr des zufälligen Unterganges der geschuldeten Sache geht auf den Gläubiger über (Art. 1257 Abs. 2 C. civ.) und die Pflicht des Schuldners zur Verzinsung einer Geldschuld endet (Art. 1259 Zif. 2 C. civ.).

Eine Mindermeinung will diese Wirkungen nicht erst mit der Hinterlegung, sondern bereits im Zeitpunkt des tatsächlichen Angebotes der Leistung eintreten lassen³⁾. Diese Ansicht stützt sich auf die Fassung des Art. 1257 Abs. 2 erster Halbsatz C. civ., wo es heißt: "Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ...". Die herrschende Lehre widerspricht dieser Deutung, indem sie ihrerseits auf den Text des Art. 1257 Abs. 2 zweiter Halbsatz C. civ. ("la chose ainsi consignée...")

1) Civ. 3. 12. 1912 S. 1913.1.324.

2) Anders ist es, wenn der Schuldner erfolgreich auf Feststellung der "validité des offres" geklagt hat: Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1211 S. 617.

Mit der Rücknahme lebt die Schuld mit ihrem ursprünglichen Inhalt wieder auf; die für sie bestellten Sicherungen bestehen fort: Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1473 S. 828.

3) Toullier VII Nr. 221 ff S. 313 ff; H., L. et J. Mazeaud II Nr. 840 S. 737.

Ebenfalls von der befreienden Wirkung des Angebotes sprechend: Trib. civ. de la Seine 24. 1. 1952 D. 1952 somm. 31.

und des Art. 1259 Zif. 2 C. civ. (" .. avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt") hinweist¹⁾. Zu Recht verweist sie darauf, daß Gefahrübergang und Beendigung des Zinslaufes im Zeitpunkt der Hinterlegung unverständlich wären, wenn bereits das tatsächliche Angebot befreiende Wirkung erzeugen könnte. Zudem würde dies eine sehr weitgehende Begünstigung des Schuldners bedeuten.

Die Kosten des Verfahrens nach Art. 1257 ff C. civ. fallen gemäß Art. 1260 C. civ. dem Gläubiger zur Last. Diese Bestimmung ist auch entsprechend anzuwenden, wenn es nicht zur Hinterlegung kommt, weil der Gläubiger zunächst ein formloses Angebot des Schuldners abgelehnt hat, später aber dessen formelles tatsächliches Angebot annimmt²⁾. Die Kostentragungspflicht nach Art. 1260 C. civ. trifft den Gläubiger nur dann nicht, wenn er sofort das formelle Angebot des Schuldners annimmt und diesem kein freundschaftliches Angebot der Leistung durch den Schuldner vorausgegangen ist; der Schuldner hat dann das Verfahren der "offres réelles" voreilig betrieben, er hat daher auch dessen Kosten zu tragen³⁾.

1) Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1628 S. 719; Aubry et Rau IV § 322 note 25 S. 303; Fuzier-Herman Art. 1257 Nr. 32, Art. 1259 Nr. 33; Ripert et Boulanger II Nr. 1529 S. 562; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1211 S. 616; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1473 f S. 827 f; Carbonnier II Nr. 212 S. 747.

Mit der Rücknahme der Schuld aus der Hinterlegung entfallen Gefahrübergang und Beendigung des Zinslaufes mit rückwirkender Kraft: Aubry et Rau IV § 322 S. 304 f; Fuzier-Herman Art. 1261 Nr. 4.

2) Civ. 28. 6. 1892 D.P. 1892.1.383.

3) vgl. den Text des Art. 1257 Abs. 1 C. civ.; Aubry et Rau IV § 322 S. 306; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1212 S. 618.

d) Die vorangegangene Darstellung "des offres de paiement et de la consignation" hat es unterlassen, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Eintritt der Hinterlegungswirkungen auch die Schuldhaftigkeit¹⁾ der Nichtannahme des Gläubigers voraussetzt.

Die moderne französische Lehre äußert sich zu diesem Problem kaum. Soweit sich Stellungnahmen finden, beziehen sie sich auf die Gestaltung des Anspruches des Schuldners auf Ersatz der Kosten des Hinterlegungsverfahrens gemäß Art. 1260 C. civ.. Deren Erstattung soll nach einem Teil der Lehre davon abhängen, ob der Gläubiger die Leistung schuldhaft nicht angenommen hat; dieses Verschulden werde aber ähnlich wie bei der "demeure du débiteur" widerleglich vermutet, der Gläubiger habe sich zu entlasten²⁾. - Folgerichtig erscheint es, nicht nur im Rahmen des Art. 1260 C. civ., sondern überhaupt für den Eintritt der an die Hinterlegung geknüpften Wirkungen die schuldhafte Nichtannahme der Leistung zu verlangen³⁾.

1) In diesem Zusammenhang soll der rechtliche Charakter des Versäumnisses des Gläubigers zunächst dahingestellt bleiben. Ob die vorwerfbare Nichtannahme der Leistung als pflichtwidriges Verhalten gegenüber dem Schuldner zu bewerten ist oder nur einen Verstoß des Gläubigers gegen seine eigenen Interessen darstellt, wird an anderer Stelle eingehend erörtert werden: vgl. unten S. 188 ff.

2) Larombière Art. 1260 Nr. 2; Toullier VII Nr. 219 S. 311; Huc VIII Nr. 99 S. 134; Viollette S. 5 ff; Bouet S. 132, 184; Baronea S. 166 f, 177; scheinbar ebenso Fuzier-Herman Art. 1260 Nr. 2, 5; vgl. auch Civ. 28. 6. 1892 D.P. 1892.1.383.

Anderer Ansicht: Ripert et Boulanger II Nr. 1533 S. 563; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1212 S. 618; Carbonnier II Nr. 212 S. 746.

3) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 150 Anm. 755; ebenso Heinsheimer-Wolff Art. 1257 - 1264 Anm. I: "Diese Vorschriften, die die Lage des Schuldners gegenüber dem böswilligen oder nachlässigen Gläubiger zu erleichtern bestimmt sind, ...".

Ebenso wahrscheinlich Demogue VI Nr. 339 ff S. 371 ff und David, Rev. crit. 1939, 95 ff: Diese sehen in den Art. 1257 ff eine Spezialregelung des Gläubigerverzuges für einen gewissen Bereich von Verbindlichkeiten, verlangen jedoch generell als Voraussetzung des Eintrittes des Gläubigerverzuges die Schuldhaftigkeit der Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger. Vgl. auch Demante et Colmet de Santerre V Nr. 202 - S. 395.

Die Stimmen, welche diese Voraussetzung nur zu Art. 1260 C. civ. entwickeln, müssen sich entgegenhalten lassen, daß sie einen Teil der Wirkungen der Hinterlegung scheinbar unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers eintreten lassen wollen, während sie eine bloße Nebenfolge nur an einen solchen Schuldvorwurf anknüpfen wollen¹⁾. Eine solche Differenzierung wäre schwer verständlich, für sie fehlt in dem Gesetzestext jeder Anhaltspunkt. Dieses Argument könnte auch geeignet sein, die Schuldhaftigkeit der Nichtannahme des Gläubigers nicht als Bedingung für eine wirksame Hinterlegung anzusehen. Diese Voraussetzung erwähnt das Gesetz an keiner Stelle ausdrücklich. - Bei einer genaueren Analyse der Art. 1257 ff C. civ. fällt aber auf, wie oft und in welcher eindringlicher Form der Schuldner den Gläubiger zur Entgegennahme der Leistung aufzufordern hat: Dem freundschaftlichen Angebot folgt das tatsächliche, formelle Angebot; dem Gläubiger wird anschließend der Hinterlegungsort und -termin mitgeteilt, gleichzeitig wird er nochmals aufgefordert, die Leistung entgegenzunehmen; diese Aufforderung an ihn wird wiederholt, wenn er zu dem Hinterlegungstermin erscheint; über die Tatsache des formellen Angebotes nach Art. 1258 C. civ. und über den Hergang der Hinterlegung wird je ein "procès-verbal" angefertigt, das dem Gläubiger in Abschrift zugestellt wird. Vergewahrtigt man sich diese Vorgänge des Verfahrens nach den Art. 1257 ff C. civ., fällt eines auf. Das umsichtige Vorgehen, welches das Gesetz von dem Schuldner verlangt, läßt eine entschuldbare Nichtannahme des Gläubigers als fast undenkbar erscheinen. Dieser Gedanke findet seine Bestätigung in den Vorarbeiten zum Code civil. Zu den Art. 1257 ff C. civ. heißt es dort:

1) Ausdrücklich findet sich diese Differenzierung nur bei Baronea S. 166 f, 177 f.

"Mais elle" (la consignation) "n'intervient entre le créancier et le débiteur qu'en prenant toutes les précautions pour qu'il soit certain que le créancier est en faute d'avoir refusé les offres réelles qui lui ont été faites."¹⁾

Die Aussage dieser Stelle steht in Einklang mit den Lehren von Pothier. Jener war Verfechter einer "demeure", die nur eintreten sollte, wenn eine Partei schuldhaft ihre Mitwirkung an der Erfüllung hinauszögerte²⁾. Eine Stelle seiner "Obligations" ergibt daher zwingend, daß Pothier der Hinterlegung der Leistung durch den Schuldner nur dann gewisse Wirkungen zuerkennen wollte, wenn der Gläubiger schuldhaft die Annahme verweigert hatte:

"Pour que cette consignation soit valable et équipolle à paiement, il faut qu'il n'ait pas tenu au débiteur de payer au créancier et que le créancier ait été mis en demeure de recevoir par des offres valables qui lui aient été faites."³⁾

Nach der Aussage dieser Stellen schwebte den Vätern des Code civil ein Institut der "offres réelles" vor, das an die nachfolgende Hinterlegung nur Wirkungen knüpfte, wenn der Gläubiger schuldhaft die Leistung nicht entgegengenommen hatte.

-
- 1) Fenet XIII S. 272; ähnlich Bigot de Préameneu, in Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du Code Napoléon, Bd. 4 S. 205: "C'est par cette longue suite de précautions que les droits du créancier sont garantis, sans qu'il puisse se plaindre si la loi ne permet pas qu'un refus arbitraire et injuste nuise au débiteur."
 - 2) vgl. Pothier, Obligations I Nr. 169 S. 149, Vente Nr. 291 S. 226.
 - 3) Pothier, Obligations II Nr. 574 S. 70; in diesem Sinne auch: Demante et Colmet de Santerre V Nr. 202 bis S. 395; Larombière Art. 1257 Nr. 6, Art. 1264 Nr. 2; Toullier VII Nr. 221 S. 314.

Den Art. 1257 ff C. civ. liegt daher das Verschuldensprinzip zugrunde. Dennoch kann der Lehre, die dem Gläubiger den Nachweis seines fehlenden Verschuldens gestattet, um den Wirkungen der Hinterlegung überhaupt oder nur der Folge des Art. 1260 C. civ. zu entgehen, nicht zugestimmt werden. Es besteht keine Möglichkeit für den Gläubiger sich zu entlasten, wenn der Schuldner das Verfahren der Art. 1257 ff C. civ. beachtet hat. Das Verschuldensprinzip hat bei dem Institut der "offres réelles" Eingang in der Form gefunden, daß man dem Schuldner in besonderem Maße Pflichten zur Rücksichtnahme auf den Gläubiger auferlegt hat. Als Folge davon steht bei ordnungsgemäßem Vorgehen des Schuldners die Schuldhaftigkeit der Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger unzweifelhaft fest; bei Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens wird das an sich notwendige Verschulden des Gläubigers an der Nichtannahme der Leistung unwiderleglich vermutet. Im Ergebnis ist daher denjenigen zuzustimmen, die den Eintritt der Hinterlegungswirkungen nicht von einem Schuldvorwurf gegen den Gläubiger abhängig machen wollen¹⁾.

II. Das Verfahren der Art. 1257 ff C. civ. ist besonders auf Geldschulden zugeschnitten. Bei Leistungspflichten anderen Inhalts gelten oft Abweichungen.

Ist der zu liefernde Gegenstand eine Stückschuld, ist nach Art. 1264 C. civ. zu verfahren. Befindet sich die Ware bereits am Erfüllungsort²⁾, kann der Schuldner den Gläubiger durch eine "sommation" zu ihrer Abholung auf-

1) so, insbesondere Carbonnier II Nr. 212 S. 746.

2) Gemäß Art. 1247 C. civ. ist dies regelmäßig der Wohnsitz des Schuldners.

fordern. Erscheint der Gläubiger trotzdem nicht und bedarf der Schuldner des Lagerraumes¹⁾, kann er sich vom Gericht ermächtigen lassen, die geschuldete Sache an einem anderen Ort zu hinterlegen. - Stückschulden, die Bringschulden sind, müssen zunächst unter Beachtung des Art. 1258 C. civ. dem Gläubiger tatsächlich angeboten werden, ehe der Schuldner bei Gericht die in Art. 1264 C. civ. vorgesehene Ermächtigung erlangen kann.

Umstritten ist die Behandlung solcher Gattungsschulden, deren Inhalt nicht eine Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages ist. Nach überwiegender Ansicht kann der Schuldner ebenfalls nach Art. 1264 C. civ. vorgehen, wenn er vorher den Gegenstand seiner Verbindlichkeit nach außen erkennbar individualisiert hat; damit die Gattungs- tatsächlich zur Stückschuld werde, solle der Schuldner in der "sommation", die er dem Gläubiger stellt, die zur Leistung vorgesehene Sache hinreichend genau bezeichnen müssen²⁾. Nach der abweichenden Auffassung ist genau wie bei Geldschulden nach den Art. 1257 - 1259 C. civ. zu verfahren, da der Schuldner nicht einseitig die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes herbeiführen, diese vielmehr erst wirksam durch die Hinterlegung erfolgen könne³⁾.

Auf die "obligations de faire" sollen die Art. 1257 ff C. civ. überhaupt nicht anwendbar sein⁴⁾. - Die zumindest

-
- 1) Dafür, daß bei jeder Beeinträchtigung des Schuldners durch die Nichtannahme die erstrebte Ermächtigung zu erteilen sei: Larombière Art. 1264 Nr. 6.
 - 2) Aubry et Rau IV § 322 S. 301; Ripert et Boulanger II Nr. 1532 S. 563; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1213 S. 618; Marty et Raynaud II Nr. 599 S. 636; vgl. auch Req. 26. 2. 1872 D.P. 1872.1.214.
 - 3) Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1625 S. 716 f; Paget S. 150; Baroncea S. 161;
siehe demgegenüber aber Pothier, Obligations I Nr. 283 S. 254.
 - 4) Larombière Art. 1264 Nr. 9; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1213 S. 618; Marty et Raynaud II Nr. 599 S. 636.

teilweise Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich bereits aus dem Inhalt dieser Verbindlichkeiten. Kann eine "obligation de faire" ohne jede Mitwirkung des Gläubigers erfüllt werden¹⁾, gilt das gleiche wie für die "obligations de ne pas faire": Der Schuldner kann von seiner Verbindlichkeit frei werden, ohne daß er auf die Entgegennahme seiner Leistung durch den Gläubiger angewiesen wäre; des Schutzes der Art. 1257 ff C. civ. bedarf er daher nicht²⁾. - Falls besondere Mitwirkungshandlungen des Gläubigers über die bloße Entgegennahme der Leistung hinaus notwendig sind, ehe der Schuldner die geschuldete Handlung ausführen kann, können die Art. 1257 ff C. civ. ebenfalls nicht helfen; dieses Verfahren ersetzt durch die Hinterlegung nur die fehlende Annahme des Gläubigers. Unterbleiben andere Mitwirkungshandlungen, vermögen die Art. 1257 ff C. civ. den Schuldner nicht mehr zu schützen³⁾. - Soweit aber die Erfüllung der "obligation de faire" von der Annahme des Gläubigers abhängig ist, kann nach richtiger Auffassung entsprechend Art. 1264 C. civ. verfahren werden⁴⁾.

Das Verfahren der "offres réelles" hat also über Geldschulden hinaus für andere Verbindlichkeiten Bedeutung. Soweit es anwendbar ist, gelten die oben⁵⁾ entwickelten Grundsätze entsprechend.

-
- 1) z.B.: Jemand hat sich einem Nachbarn gegenüber verpflichtet, die auf dem eigenen Grundstück befindliche Ruine abzureißen.
 - 2) Demogue VI Nr. 339 S. 371; Baroncea S. 162.
 - 3) Anderer Ansicht: Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1626 S. 718 f; Baroncea S. 162 ff: Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine "sommation" gemäß Art. 1264 C. civ. zustelle, vermeide er einmal den Eintritt des Schuldnerverzuges und könne außerdem auf die Entgegennahme der geschuldeten Leistung klagen, notfalls sogar Vertragsauflösung nach Art. 1184 C. civ. begehren.
 - 4) Außer den unter Ann. 3 Zitierten: Ripert et Boulanger II Nr. 1532 S. 562.
 - 5) Siehe S. 143 - 151.

III. Das Institut der "offres réelles" wird von einzelnen Autoren als Regelung der "demeure du créancier" angesehen¹⁾.

Die überwiegende Meinung tritt aber dieser Ansicht entgegen: Die Art. 1257 ff C. civ. knüpften erst an die Hinterlegung Wirkungen an; das bloße Angebot bleibe aber bedeutungslos. Wenn der Schuldner durch ordnungsgemäße Hinterlegung der Leistung von seiner Verbindlichkeit frei werde, seien der Gefahrübergang und das Ende der Verzinsungspflicht nur zwangsläufige Folgen der eingetretenen Befreiung²⁾. Da also nach den Art. 1257 ff C. civ. das Angebot der Leistung allein noch keine derartigen Wirkungen auslöse, könnten diese Vorschriften nicht als die Regelung des Gläubigerverzuges im französischen Recht anerkannt werden³⁾.

Die Auffassung, welche den Gefahrübergang und das Aufhören des Zinslaufes bereits als Folgen des tatsächlichen Angebotes eintreten läßt⁴⁾, müßte dagegen eine enge Beziehung zwischen "offres réelles" und "demeure du créancier" herstellen können. Da diese Auslegung des Art. 1257 C. civ. aber - wie dargestellt - in Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes steht, kann mit ihr eine Verwandtschaft der beiden Rechtsinstitute nicht begründet werden.

Die überwiegende französische Rechtslehre sieht also die Art. 1257 ff C. civ. als ein eigenständiges Rechtsinstitut

1) Laurent XVI Nr. 248 S. 312; Bouet S. 181; vgl. auch Baroncea S. 1 ff.

2) so auch: Larombière Art. 1257 Nr. 10.

3) Huc VIII Nr. 85 S. 119, Nr. 93 S. 127 ff, Nr. 97 S. 132; Saleilles Nr. 38 S. 32; Jossierand II Nr. 866 S. 532; David, Rev. crit. 1939, 95 (99); Heinsheimer-Wolff Art. 1257 - 1264 Anm. II.

4) vgl. dazu oben S. 146 f.

an, das der "demeure du créancier" wesensfremd ist, weil das bloße Erfüllungsangebot ohne Wirkung bleibt. Dabei wird aber eine Folge des Angebotes nicht hinreichend gewürdigt: der Schuldner kann anschließend den Leistungsgegenstand, wenn auch zum Teil nur mit richterlicher Ermächtigung, hinterlegen. Diese Möglichkeit besteht erst auf Grund der vorangegangenen Offerte, die geschuldete Leistung zu erbringen¹⁾. Die Bedeutung dieser Tatsache wird noch in einem späteren Zusammenhang erörtert werden²⁾.

B. Zur Geltung einer "demeure du créancier" außerhalb der Art. 1257 ff C. civ.

I. Die "offres réelles" und die Möglichkeit anschließender Hinterlegung werden dem Schutzbedürfnis des Schuldners, der auf Grund einer Annahmeverweigerung des Gläubigers nicht erfüllen kann, nur unzureichend gerecht. Das gesetzliche Verfahren ist langwierig, kompliziert und zudem wegen der Notwendigkeit, einen "officier ministériel" und unter Umständen sogar den Richter einzuschalten, sehr kostspielig³⁾. Die Vorschrift des Art. 1258 Ziffer 6 C. civ. belastet den Schuldner, weil trotz regelmäßig gegebener Holschuld (Art. 1247 C. civ.) dieser dem Gläubiger an dessen Wohnort die Leistung tatsächlich anzubieten hat; die Holschuld wird zur Bringschuld⁴⁾. Der Schuldner hat die durchaus fühlbaren Kosten

1) vgl. Pothier, Obligations II Nr. 574 S. 70;
siehe im deutschen Recht § 372 S. 1 BGB.

2) vgl. unten S. 179.

3) kritisch auch: H., L. et J. Mazeaud II Nr. 840 S. 737;
David, Rev. crit. 1939, 95 (99).

4) Saleilles Nr. 39 S. 33 Anm. 2; Planiol, Ripert et
Radouant VII Nr. 1209 S. 614; Carbonnier II Nr. 212
S. 747.

des Angebotes und der Hinterlegung vorzuschließen: Er kann sie nicht von dem zu hinterlegenden Betrag abziehen¹⁾; er wird auf die Möglichkeit verwiesen, später gegen den Gläubiger den Ersatzanspruch aus Art. 1260 C.civ. geltend zu machen.

Diese Nachteile der Art. 1257 ff C. civ. haben manchen französischen Rechtslehrer veranlaßt, ein dem deutschen Recht des Gläubigerverzuges ähnelndes System auch de lege ferenda für das französische Recht als erstrebenswert anzusehen²⁾. Zu der Frage, ob sich die "demeure du créancier" im geltenden Recht finden läßt, schweigen sie zwar; im Zusammenhang mit ihrer Stellungnahme zugunsten der Einführung eines Institutes des Gläubigerverzuges kann ihr Schweigen nur so verstanden werden, daß sie seine Anerkennung als derzeit geltendes Recht ablehnen.

Diese Ablehnung spricht Saleilles deutlich aus.³⁾ Er sieht im Code civil und dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwei voneinander grundverschiedene Systeme verankert: Während mit der Ablehnung des Erfüllungsangebotes nach den §§ 293 ff BGB unmittelbar die rechtliche Lage des Schuldners erleichtert werde, kenne das französische Recht eine solche Begünstigung des Schuldners durch das bloße Angebot der Leistung nicht; diese Einstellung des Gesetzgebers trete durch die Existenz der Art. 1257 ff C. civ. klar hervor⁴⁾. Das französische Recht eröffne dem Schuldner nur

1) Fuzier-Herman Art. 1260 Nr. 7.

2) Huc VIII Nr. 85 S. 119: der Gläubiger darf aber nur in Verzug kommen, wenn er schuldhaft die Leistung nicht angenommen hat; Josserand II Nr. 866 S. 532; Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1475 S. 828; Marty et Raynaud II Nr. 600 S. 636.

3) Saleilles Nr. 38 S. 32.

4) Zust. Huc VIII Nr. 85 S. 119.

einen Ausweg: nach wirksamem tatsächlichen Angebot könne er den geschuldeten Gegenstand mit befreiender Wirkung hinterlegen. Diese Entscheidung des Gesetzes lasse keinen Raum mehr für die Entwicklung einer "demeure du créancier". Nach Ansicht von Saleilles beinhalten die Art. 1257 ff C. civ. eine gesetzliche Festlegung, daß über diese Vorschriften hinausgehende weitere Begünstigungen des Schuldners ausgeschlossen sein sollen; etwas anderes gelte nur, wenn Gesetz oder Parteivereinbarungen für den Einzelfall eine abweichende Bestimmung trafen. Der Gesetzgeber habe durch die Aufnahme der Art. 1257 ff in den Code civil gleichzeitig die Anerkennung einer "demeure du créancier" abgelehnt¹⁾.

Saleilles selbst sieht eine wesentliche gesetzliche Ausnahme: Das Verbot einer Verbesserung der rechtlichen Lage des Schuldners über die in den Art. 1257 ff C. civ. vorgesehenen Begünstigungen hinaus ende, wenn sich eine Haftung des Gläubigers aus Art. 1382 C. civ. ergebe. Saleilles deutet sogar die Möglichkeit an, unter Berufung auf diese Bestimmung eine Theorie der "demeure du créancier" aufzubauen²⁾; der Rückgriff auf die Generalklausel des Deliktsrechts als möglicher Rechtsgrundlage beweist seine Einstellung, daß diese weitere Verbesserung der Lage des Schuldners stets von der Voraussetzung eines Verschuldens des Gläubigers an der Nichtannahme abhängig sein muß³⁾. - Dieser von Saleilles nur vorsichtig angedeutete Weg hat keine Anhänger gefunden. Er erscheint angesichts der heutigen Lehre von dem "non-cumul" von "responsabilité délictuelle" und "responsabilité

1) Ebenso Jossierand II Nr. 866 S. 532; Heinsheimer-Wolff Art. 1257 - 1264 Anm. II;

Anderer Ansicht ausdrücklich: David, Rev. crit. 1939, 95 (99 f).

2) Saleilles Nr. 38 S. 32 Anm. 1;

ablehnend: Huo VIII Nr. 93 S. 127 ff.

3) Andere Autoren begründen die Schuldhafteigkeit der Nichtannahme als einer Voraussetzung für den Eintritt des Gläubigerverzuges ebenfalls mit Art. 1382 C. civ.: Viollette S. 5 ff; Bouet S. 132, 184.

contractuelle" ¹⁾ nicht geeignet, als Rechtsgrundlage für die Entwicklung eines Systems des Gläubigerverzuges zu dienen.

II. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre sehen eine Reihe von Autoren die "demeure du créancier" als geltendes Recht an. Dieses Institut soll neben den Art. 1257 ff C. civ. den Schutz des Schuldners gewährleisten.

Die entwickelten Systeme einer "demeure du créancier" unterscheiden sich in entscheidenden Punkten voneinander. Sie lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen einteilen.

a) 1. Eine ältere Lehre, deren Sprecher Paget ist, verwirft die Trennung des Verzuges in eine "demeure du débiteur" und eine "demeure du créancier" ²⁾. Nach Auffassung von Paget kennt das französische Recht nur eine "demeure" ³⁾, welche dieser in ausdrücklicher Anlehnung an Mühlenbruch ⁴⁾ so zu definieren versucht: "La demeure est l'omission injuste de faire ou de recevoir un paiement" ⁵⁾.

1) vgl. oben S. 6 Anm. 2.

2) Paget, Essai sur la mise en demeure et ses effets, thèse Paris 1870;

so auch: Pothier, Obligations I Nr. 144 S. 125, Nr. 283 S. 254, II Nr. 574 S. 70, Nr. 663 S. 168; Demante et Colmet de Santerre V Nr. 202 bis S. 395; Larombière Art. 1257 Nr. 6, Art. 1264 Nr. 2; Toullier VII Nr. 221 S. 314; Laurent XVIII Nr. 195 S. 218 f; Aubry et Rau V § 356 f; vgl. auch Req. 26. 2. 1872 S. 1872.1.64.

Im wesentlichen übernommen haben auch diese Dissertationen das System von Paget: Viollette, Des offres réelles en droit français, thèse Paris 1896; Bouet, Des offres réelles, thèse Paris 1910.

3) Paget S. 18, 37.

4) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Teil § 371 S. 314.

5) Paget S. 13.

Diese Sicht der Verzugstatbestände stützt sich auf die folgende Erwägung: Bei jeder Leistungspflicht stehen sich zwei Rechtssubjekte gegenüber. Beide treffen Pflichten: Der Schuldner hat zu erfüllen, der Gläubiger hat ihm die Befreiung von seiner Schuld durch die Entgegennahme der Leistung zu ermöglichen¹⁾. Jeder Beteiligte setzt sich Sanktionen aus, wenn er sich pflichtwidrig verhält. Schuldner wie Gläubiger kommen in Verzug, wenn sie trotz Mahnung schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten nicht rechtzeitig erfüllen²⁾. Der Schuldner wird gemäß Art. 1139 C. civ. gemahnt, der Gläubiger durch das tatsächliche Angebot der Leistung³⁾.

Die Rechtsfolgen der "demeure" bestimmen sich nach den Art. 1138, 1146, 1302 C. civ.. Soweit diese Vorschriften auf die Stellung des im Verzuge befindlichen Gläubigers nicht unmittelbar zutreffen, weil sie allzu sehr auf den Verzug des Schuldners zugeschnitten sind, seien die Wirkungen der schuldhaften Ablehnung der angebotenen Leistung durch entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen zu ermitteln: Mit Verzugseintritt habe der jeweils vertragswidrig handelnde Partner dem anderen Partner den diesem durch die Verzögerung entstehenden Schaden zu ersetzen⁴⁾. - Verpflichte Art. 1153 C. civ. den Schuldner zur Zahlung gesetzlicher Zinsen, ende dementsprechend im Falle des Gläubigerverzuges die Pflicht des Schuldners zur Verzinsung einer Geldschuld; Art. 1259 Ziffer 2 C. civ. stehe dem nicht entgegen: Diese Bestimmung erkläre sich durch die Erfüllungswirkung der Hinterlegung (Art. 1257 Abs. 2 C. civ.), eine frühere Beendigung der

1) Paget. S. 15 ff.

2) Paget S. 18 ff.

3) Paget S. 133 ff; ebenso Demogue VI Nr. 339 S. 371 f.

4) Paget S. 19; Demogue VI Nr. 342 S. 374; Req. 26. 2. 1872 S. 1872.1.64.

Der Anspruch kann sich z.B. auf Ersatz der durch die Nichtannahme bedingten Mehraufwendungen richten: vgl. David, Rev. crit. 1939, 95 (100).

Verzinsungspflicht wegen eingetretenen Verzuges werde dadurch nicht ausgeschlossen¹⁾. - Entsprechend Art. 1138 C. civ. erschwere sich bei Stückschulden die Gefahrtragungspflicht des pflichtwidrig handelnden Gläubigers insofern, als der Schuldner nicht mehr durch die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ. belastet werde; der Gläubiger habe nunmehr nachzuweisen, daß ein Untergang des Leistungsgegenstandes von dem Schuldner zu vertreten sei. Bei Gattungsschulden allerdings trete diese Umkehr der Beweislast gemäß Art. 1257 Abs. 2 C. civ. nicht vor dem Zeitpunkt der Hinterlegung ein, weil erst dieser Vorgang die notwendige Konkretisierung der Schuld bewirke²⁾. - Der Haftungsverschärfung des Art. 1302 Abs. 1 C. civ. bei eigenem Verzug entspreche eine Milderung der Haftung des Schuldners, wenn sich der Gläubiger im Verzuge befinde; der Leistungspflichtige habe nur noch für "dol" und "faute lourde" einzustehen³⁾.

Dieses System der älteren Lehre stellt Gläubiger wie Schuldner als gleichberechtigte Partner gegenüber. Jeder ist rechtlich dem anderen gegenüber verpflichtet, an der Abwicklung des Schuldverhältnisses mitzuwirken. Die schuldhaftes Hinauszögerung der Erfüllung dieser Verbindlichkeit hat jeder Partner nach Verzugsgrundsätzen zu verantworten. Bei fehlendem Verschulden auf seiten des Verletzers treten dagegen die Folgen der "demeure" nicht ein.

2. Den Systemen einer "demeure du créancier" von Demogue⁴⁾ und David⁵⁾ liegen ähnliche Erwägungen zugrunde.

1) Paget S. 147 f; ebenso Toullier VII Nr. 221 S. 314.

2) Paget S. 150; zu dem Stand der Meinungen in dieser Frage vgl. oben S. 152 Anm. 2, S. 152 Anm. 3.

3) Paget S. 198.

4) Demogue VI Nr. 339 ff S. 371 ff.

5) David, De la mise en demeure, Rev. crit. 1939, 95.

Zwar erwähne der Code civil den Gläubigerverzug nicht, doch lasse sich seine Geltung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten. Die Pflicht der Vertragspartner, eingegangene Verbindlichkeiten "de bonne foi" zu erfüllen (Art. 1134 Abs. 3 C. civ.), beinhalte für den Gläubiger die Auflage, die ihm zustehenden Rechte nicht zu mißbrauchen¹⁾; mit der Nichtannahme der angebotenen Leistung verstoße der Gläubiger gegen diese Vertragspflicht. - Ohne sich ausdrücklich auf Art. 1134 Abs. 3 C. civ. zu berufen, begründet David die Geltung der "demeure du créancier" im französischen Recht ähnlich: Der Gläubiger dürfe durch sein Verhalten die Pflichtenlage des Schuldners nicht ungünstig beeinflussen; dies tue er aber, wenn er die ihm angebotene Erfüllung ablehne²⁾.

Die Sanktion für dieses Fehlverhalten bildet nach Demogue und David die "demeure du créancier"; der Gläubiger komme durch das tatsächliche Angebot der Leistung und dessen Nichtannahme unter den gleichen Bedingungen in Verzug wie der Schuldner³⁾. Im Gegensatz zum deutschen Recht setze der Eintritt der "demeure du créancier" also die Vorwerfbarkeit der Annahmeverweigerung voraus; dem französischen Recht sei eine Haftung ohne Verschulden unbekannt⁴⁾.

Von der älteren Lehre unterscheiden sich Demogue und David allerdings durch eine bedeutsame Einschränkung des Geltungsbereiches dieser "demeure du créancier". Sie ergebe sich im Gesetz mittelbar aus den Art. 1257 ff C. civ.. Zwar sei die Ansicht von Saleilles⁵⁾, diese

1) Demogue VI Nr. 12 S. 17 f.

2) David, Rev. crit. 1939, 95 (100).

3) Demogue VI Nr. 339 S. 371 f.

4) Demogue VI Nr. 341 S. 373; David, Rev. crit. 1939, 95 (100).

5) vgl. oben S. 157 f.

Bestimmungen enthielten eine abschließende Regelung für diesen Fragenkreis, unzutreffend¹⁾; jedoch bildeten sie eine Spezialregelung für die "obligations de donner"²⁾. In diesem Bereich seien die Grundsätze des Gläubigerverzuges daher nicht anwendbar. Abgesehen von dieser Einschränkung sei die "demeure du créancier" aber uneingeschränkt geltendes Recht.

b) Baroncea³⁾ versucht aus anderer Sicht, das Institut des Gläubigerverzuges als geltendes französisches Recht zu rechtfertigen. Sein Ausgangspunkt sind die Art. 1257 ff C. civ.: Diese Vorschriften beinhalten eine Sonderregelung für Geld- und andere Gattungsschulden. Befreiungswirkung, Gefahrübergang und Ende der Verzinsungspflicht treten danach erst mit erfolgter Hinterlegung ein⁴⁾.

Sind dagegen Stückschulden oder "obligations de faire" Gegenstand der Leistung, sind die Art. 1257 - 1259 C. civ. nicht mehr anwendbar. In diesem Bereich läßt sich aus Art. 1264 C. civ. und aus den Grundgedanken, die der Regelung für die Gattungsschulden zugrundeliegen, eine "demeure du créancier" herausarbeiten. Bei dieser Fortentwicklung der Art. 1257 ff C. civ. ist zu beachten,

1) Demogue VI Nr. 339 S. 372.

2) Demogue VI Nr. 339 S. 372.

Weiter geht David, Rev. crit. 1939, 95 (99 f): Da die Art. 1257 ff auch für Verbindlichkeiten anderen Inhaltes gelten (vgl. oben unter A II S. 151-153), gilt die "demeure du créancier" nur für einen sehr eingeeengten Bereich. Zu diesem gehören insbesondere die "obligations de faire", deren Erfüllung von einer Mitwirkung des Gläubigers abhängig ist, die über die bloße Entgegennahme der Leistung hinausgeht.

3) Baroncea, Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du créancier), thèse Paris 1929.

4) Baroncea S. 156, 161.

daß bei Gattungsschulden deshalb erst an die Hinterlegung Rechtsfolgen geknüpft werden, weil es noch einer Konkretisierung der Schuld bedarf; diese tritt erst im Zeitpunkt der Hinterlegung ein¹⁾. - Bei Stückschulden dagegen beschränkt sich die Leistungspflicht von vornherein auf einen bestimmten Gegenstand. Damit entfällt aber der Grund, die Wirkungen des Gläubigerverzuges erst an eine Hinterlegung zu knüpfen. Mit dem erfolglosen Angebot, das je nach dem vereinbarten Erfüllungsort ein tatsächliches sein muß oder schriftlich durch eine "sommation" gemacht werden kann²⁾, kommt der Gläubiger in Verzug. Die auf ihn übergegangene Gefahr eines zufälligen Unterganges der Sache (Art. 1138 C. civ.) belastet ihn nach dem Eintritt der "demeure" insofern stärker, als sich die bisher für ihn günstige Beweislastverteilung ändert. Trotz Art. 1147 C. civ. braucht der Schuldner sich nicht mehr zu entlasten; Art. 1138 C. civ. greift grundsätzlich ein, es sei denn, dem Gläubiger gelänge der Nachweis einer Verantwortlichkeit des Schuldners für den Untergang der Sache³⁾. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dessen Haftung sich mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges auf "dol" und "faute lourde" mildert⁴⁾. - Soweit der Schuldner einer "obligation de faire" nur erfüllen kann, wenn der Gläubiger mitwirkt, gelten ebenfalls die Grundsätze der "demeure du créancier": Entsprechend Art. 1264 C. civ. hat der Schuldner den Gläubiger unter Bezeichnung von Ort und Zeit der tatsächlichen Bereitstellung der Leistung auf-

1) Baroncea S. 161; Larombière Art. 1257 Nr. 10; Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1625 S. 716 f; Aubry et Rau IV § 322 S. 302 Anm. 24.

Siehe demgegenüber aber oben S. 152 und unten S. 173; vgl. auch Pothier, Obligations I Nr. 283 S. 254.

2) vgl. Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162.

3) Baroncea S. 161 f.

4) Baroncea S. 162.

zufordern, die seinerseits zur Erfüllung erforderliche Tätigkeit zu entfalten. Verweigert der Gläubiger diese notwendige Mitwirkung, geht entsprechend Art. 1788, 1790 C. civ. die Gefahrtragung auf ihn über. Wird dem Schuldner nach Eintritt des Gläubigerverzuges die Erfüllung der geschuldeten Handlung durch ein nicht von ihm zu vertretendes Ereignis unmöglich, wird er von seiner Verbindlichkeit frei, behält aber den Anspruch auf die Gegenleistung¹⁾. Verantwortlich ist er nur noch für "dol" und "faute lourde". Bleibt die Mitwirkung des Gläubigers aus, kann der Schuldner ferner die Vertragsauflösung gemäß Art. 1184 C. civ. begehren.

Die genannten Wirkungen der Art. 1257 - 1259 C. civ. und die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges treten nach Baroncea unabhängig davon ein, ob der Gläubiger schuldhaft die Annahme der ihm angebotenen Leistung verweigert hat²⁾. Der Grund dafür, mit der Nichtannahme Milderungen in dem Umfang der schuldrechtlichen Verpflichtung des Schuldners eintreten zu lassen, sei nicht in einem etwaigen vertragswidrigen Verhalten des Gläubigers zu suchen; deren wahre Rechtfertigung sieht Baroncea in Anlehnung an Kohler³⁾ in der folgenden Erwägung: der Gläubiger könne keine umfangreichere Leistung verlangen als die, zu der sich der Schuldner verpflichtet habe. Könne aber der Schuldner wegen der Annahmeverweigerung des Gläubigers nicht erfüllen, würde sich seine Leistungspflicht insofern erweitern, als er über den vorgesehenen Zeitpunkt hinaus Schuldner mit allen sich daraus ergebenden Gefahren bliebe. Auch wenn der Gläubiger für diese Folge nicht verantwortlich zu machen sei, müsse er Milderungen der andernfalls erweiterten Leistungspflicht des Schuldners deshalb hinnehmen, weil ihm dieser insoweit nicht verpflichtet sei, er sonst also mehr beanspruchen

1) Baroncea S. 163 ff.

2) Baroncea S. 176.

3) Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iher.Jahrb. 17, 261.

würde, als ihm nach dem Inhalt seiner Forderung zustände¹⁾. Das Recht des Gläubigerverzuges bezwecke, den Schuldner vor zusätzlichen Risiken zu bewahren, die er nicht habe übernehmen wollen; könne der Schuldner nicht zu dem gewünschten Zeitpunkt erfüllen, müsse er wenigstens vor den Folgen der Nichtannahme geschützt werden. Da Anknüpfungspunkt der "demeure du créancier" die von dem Schuldner eingegangene Verpflichtung mit den ihr innewohnenden Grenzen sei, könne es nicht mehr darauf ankommen, ob der Gläubiger schuldhaft die ihm angebotene Leistung nicht entgegengenommen habe. Der Gläubigerverzug knüpfe ausschließlich an den objektiven Tatbestand der ausbleibenden Mitwirkung des Gläubigers an. Das aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz "Niemand hat über die eingegangene Verpflichtung hinaus eine Leistung zu erbringen" fließende Recht des Gläubigerverzuges klinge auch in einzelnen Bestimmungen des Code civil an. Außer in den Art. 1788, 1790 C. civ. habe das Gesetz noch in Art. 1657 C. civ. diesen Rechtsgedanken angewandt: Der Verkäufer einer beweglichen Sache könne ohne Mahnung den Vertrag als aufgelöst betrachten, wenn der Käufer den vereinbarten Termin für die Abholung des

1) Baroncea S. 134 f, 154, der sich auch auf eine Stelle bei Pothier, Obligations II Nr. 549 S. 290 beruft: "Quoiqu'il soit dit expressément par l'acte, que la somme sera payable en la maison du créancier, qui, lors de l'acte, était dans la même ville que celle du débiteur, et à plus forte raison lorsqu'on ne s'est pas expliqué sur le lieu du paiement, si, depuis le contrat, le créancier a transféré son domicile dans une autre ville éloignée de celui du débiteur, le débiteur sera fondé à demander que le créancier élise domicile dans le lieu où il l'avait lorsque le contrat a été passé; cette translation de domicile dans un lieu où le débiteur n'a aucunes habitudes, ne devant pas lui être onéreuse, et rendre sa condition pire qu'elle n'était, suivant cette règle: Nemo alterius facto praegravari debet."

Vgl. auch Saleilles S. 34 f.

Kaufgegenstandes nicht einhält¹⁾; diese Möglichkeit bestehe für den Verkäufer unabhängig davon, ob diese Unterlassung dem Käufer subjektiv vorgeworfen werden könne²⁾.

Außerhalb der erwähnten Milderungen seiner Verbindlichkeit könne der Schuldner gegen den Gläubiger weitere Ansprüche wegen der verweigerten Annahme der Erfüllung nur geltend machen, wenn jener schuldhaft seine ablehnende Haltung eingenommen habe. Während bei dem Anspruch des Schuldners aus Art. 1260 C. civ. dieses Verschulden widerleglich vermutet werde³⁾, könne Ersatz für die nicht durch Art. 1260 C. civ. abgegoltenen Aufwendungen und des weiteren durch die Annahmeverweigerung verursachten Schadens nur verlangt werden, wenn der Schuldner die Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Gläubigers nachzuweisen vermöge⁴⁾. Diese Ansprüche fänden ihren Grund in der Verletzung der schuldrechtlichen Verpflichtung des Gläubigers, bei der Erfüllung mitzuwirken. Sie seien ihrem Wesen nach Schadensersatzansprüche, die durch die Verspätung in der Erbringung der geschuldeten Mitwirkungshandlung entstehen; der Gläubiger befinde sich insoweit im Schuldnerverzuge⁵⁾.

-
- 1) Der vereinbarte Leistungstermin muß allerdings nach dem Inhalt der Parteivereinbarung "une condition essentielle et déterminante du contrat" sein: Req. 28. 11. 1934 G.P. 1934.2.1020; vgl. auch Req. 13. 2. 1872 D.P. 1872.1.186; Civ. 3. 6. 1929 G.P. 1929.2. 227; zust. Aubry et Rau V § 356 S. 98.
 - 2) Streitig; wie oben: Baroncea S. 163 f; Aubry et Rau V § 356 S. 98; Planiol, Ripert et Hamel X Nr. 288 S. 356 f; Req. 28. 11. 1934 aaO;
a.A.: Fuzier-Herman Art. 1657 Nr. 12; Req. 1. 5. 1928 S. 1928.1.259; scheinbar auch H., L. et J. Mazeaud III Nr. 1025 S. 835 ff; vgl. Procès - verbaux, Bd. III S. 422 f: Bei Nichtabholung des Kaufgegenstandes ist der Käufer regelmäßig "en faute".
 - 3) Baroncea S. 166 f, 177; vgl. weiter die oben S. 148 unter Anm. 2 Zitierten;
zur Kritik dieser Auslegung des Art. 1260 siehe oben S. 148 - 151.
 - 4) Baroncea S. 177.
 - 5) Baroncea S. 160, 177.

Baroncea bestreitet also nicht die Richtigkeit des Systems der älteren Lehre. Der Gläubiger verhalte sich durch die Nichtannahme der ihm angetragenen Erfüllung vertragswidrig und hafte nach den Regeln der Art. 1138, 1146, 1302 C. civ., falls ihm dieser Verstoß vorgeworfen werden könne. Dabei übersehe aber die herrschende Lehre, daß dieser Tatbestand im Grunde als "demeure du débiteur" zu qualifizieren sei; die "demeure du créancier" knüpfe nicht an die bestehende Verpflichtung des Gläubigers zur Entgegennahme der Leistung, sondern an die Stellung des Schuldners an. Kriterium des Gläubigerverzuges müsse sein, in welchem Maße es dem Leistungspflichtigen zugemutet werden könne, trotz seines verblichenen Erfüllungsangebotes weiterhin Schuldner zu bleiben. Bei diesem Ausgangspunkt ergebe sich notwendig, daß nicht auf den Grad des Verschuldens des Gläubigers an der Nichtannahme abgestellt werden dürfe. Die Wirkungen der wahren "demeure du créancier" müßten unabhängig von diesem Verschulden eintreten.

C. Zur Geltung einer "demeure du créancier" im französischen Recht

Die einzelnen Stellungnahmen der französischen Lehre zu der Frage, ob der Gläubigerverzug als geltendes Recht anzuerkennen ist, sind miteinander unvereinbar. Neben der Ablehnung der Existenz eines solchen Rechtsinstitutes findet man in der Lehre entschlossene Verfechter der Geltung einer "demeure du créancier"; diese wiederum haben aber verschiedene Systeme dieser "demeure" entwickelt, die in wesentlichen Punkten voneinander abweichen. In der Folge soll versucht werden, diese Widersprüche innerhalb der französischen Lehre zu klären.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Frage, ob das Institut des Gläubigerverzuges der §§ 293 ff BGB in gleicher oder anderer Form auch im französischen Recht

bekannt ist, bedingt zuvor die Feststellung, inwieweit die zugrundeliegenden rechtlichen Voraussetzungen vergleichbar sind. Denn jede Vorschrift des materiellen Rechts wertet einen rechtlichen Tatbestand. Eine "demeure du créancier" ist im französischen Recht nur vorstellbar, wenn die rechtliche Stellung des Schuldners nach vergeblichem Erfüllungsangebot der eines Schuldners nach deutschem Recht ähnlich ist.

I. Der durch den Gläubigerverzug zu regelnde rechtliche Tatbestand

a) Der Grundgedanke der §§ 293 ff BGB

Die §§ 293-304 BGB knüpfen an einen tatsächlichen Vorgang an: Der Schuldner bietet die Erfüllung seiner Verbindlichkeit an, der Gläubiger aber nimmt die ihm angetragene Leistung nicht entgegen. Demzufolge tritt die von dem Schuldner erstrebte Befreiung von seiner Schuld nicht ein. Er bleibt verpflichtet, der Gläubiger berechtigt. Der Fortbestand des eingegangenen rechtlichen Bandes belastet den Schuldner. Er muß über den vorgesehenen Termin hinaus die Leistung bereithalten und hat die unter Umständen damit verbundenen Kosten zu tragen; ihn trifft weiterhin die Gefahr eines zufälligen Unterganges des geschuldeten Gegenstandes in der Weise, daß er den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung verlieren würde; im übrigen hat er wie zuvor für jedes Verschulden, auch für das eines Erfüllungsgehilfen, einzustehen.

Diese zusätzliche Belastung des Schuldners auf Grund der Ablehnung seines Erfüllungsangebotes entsteht unabhängig davon, ob der Gläubiger schuldhaft die Annahme der Leistung verweigert hat. Wird das Schuldverhältnis nicht planmäßig abgewickelt, weil die erforderliche Mitwirkung des Gläubigers unterbleibt, erschwert sich die Lage des Schuldners; auf die Gründe, welche die Ursache der Nichtannahme bilden, kommt es dafür nicht an.

Kann der erfüllungswillige Schuldner also wegen der ausbleibenden Mitwirkung des Gläubigers nicht leisten, entsteht eine Lage, die von der Vereinbarung der Parteien - falls die Schuld überhaupt auf einer solchen beruht - nicht vorausgesehen worden ist. Diese Entwicklung des Schuldverhältnisses hat ein Zusammentreffen gegensätzlicher Interessen der Beteiligten zur Folge: Der Schuldner will nicht länger verpflichtet sein, er strebt die Befreiung von seiner Schuld an; der Gläubiger will sein Recht mit dem bisherigen Inhalt erhalten wissen. Dieser Interessenwiderstreit bedarf eines Ausgleiches. Das Gesetz würde den Konflikt nur einseitig zugunsten einer Partei lösen, wenn es den Schuldner nach der Ablehnung seines Leistungsangebotes aus seiner Verbindlichkeit entlassen¹⁾ oder - umgekehrt - ihn weiterhin in dem bisherigen Umfange für verpflichtet erklären würde. Keine dieser Möglichkeiten befriedigt; sie entspringen nicht einer verständigen Abwägung der beiderseitigen Interessen, sondern bedeuten eine einseitige Begünstigung des Schuldners oder Gläubigers.

Der Versuch eines gerechten Ausgleiches der gegensätzlichen Interessen findet sich im deutschen Recht in den

1) vgl. Marty et Raynaud II Nr. 600 S. 636: dies sei die für das französische Recht erstrebenswerte Lösung. Ähnlich für das deutsche Recht Zimmern, Inwiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt, AcP 3,121 ff.

In diese Richtung tendierte das römische Recht, wenn es dem Schuldner gestattete, den Besitz an der geschuldeten Sache aufzugeben, und ihn danach als von seiner Schuld befreit ansah. vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, § 37 III 2 d S. 148; Larombière Art. 1264 Nr. 5; siehe noch § 303 BGB.

§§ 293 ff BGB¹⁾: Der Schuldner bleibt zur Leistung verpflichtet; den sich daraus für ihn ergebenden erhöhten Risiken wird Rechnung getragen, indem sie zu einem bedeutenden Teil auf den Gläubiger verlagert werden (vergleiche insbesondere die §§ 300 ff, 324 Abs. 2, 372 S. 1, 383 BGB).

b) Die Rechtsstellung des anbietenden Schuldners nach dem Code civil

Im deutschen Recht ist das Institut des Gläubigerverzuges das Ergebnis einer Interessenabwägung. Der Code civil dürfte sich diesen Erwägungen nicht verschließen, wenn durch die Ablehnung der angebotenen Leistung eine ähnliche Konfliktlage wie im deutschen Recht entstünde.

Entfielen die für das deutsche Recht festgestellte Belastung des Schuldners durch die Ablehnung des Erfüllungsangebotes im französischen Recht, wäre dort eine "demeure du créancier" überflüssig. Selbst wenn die Lage des Schuldners durch die Nichtannahme der Leistung nur in beschränktem Maße erschwert würde, könnte ein besonderes Institut des Gläubigerverzuges entbehrlich scheinen: Eine einseitige Lösung zu Lasten des Schuld-

1) In diesem Sinne: Schreiber, Schuld und Haftung, S. 151; Heck, Schuldrecht, § 37 1. S. 111, § 38 1. S. 114; vgl. auch Larenz I § 24 I S. 290; ähnlich unter Betonung, daß allein auf die Lage des Schuldners abzustellen sei: Siebert-Reimer Schmidt Vorb. 2 vor § 293; Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iher. Jahrb. 17, 261 (410, 421).

Der Satz, der Gläubigerverzug setze deshalb kein Verschulden voraus, weil das Gesetz die Mitwirkung des Gläubigers nicht als schuldrechtliche Verpflichtung und daher ihr Unterbleiben nicht als Pflichtwidrigkeit betrachte, erscheint nur als eine dogmatisch unsaubere Rechtfertigung dieses Rechtsinstitutes des BGB. (So aber: Erman-Groepper Vorb. 2 vor § 293; RGRK-Nastelski § 293 Anm. 1; vgl. weiter Planck-Siber Vorb. 1 vor § 293; Staudinger-Werner Vorb. 1 vor § 293; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, § 291 S. 563). - Denn unabhängig von dem Rechtscharakter der Mitwirkungshandlung taucht der dargestellte Wider-

ners würde dann nicht so sehr dem billigen Rechtsempfinden widersprechen, wie es im deutschen Recht der Fall wäre, falls dort ein Verzug des Gläubigers unbekannt wäre.

Der Streit, ob nach dem Code civil der Gläubigerverzug geltendes Recht ist, kann daher erst nach der Klärung dieser Vorfragen entschieden werden. Zunächst ist daher die Lage des französischen Schuldners darzustellen, der vergeblich die Erfüllung seiner Verbindlichkeit anbietet.

1. Der Schuldner ist während des Bestehens seiner Verpflichtung dadurch besonders gefährdet, daß er die Gefahr eines zufälligen Unterganges der Leistung zu tragen hat.

Ist der Schuldgegenstand nicht nur der Gattung nach bestimmt, wird der Verpflichtete gemäß Art. 1302 Abs. 1 C. civ. zwar von seiner Verbindlichkeit frei, falls die geschuldete Sache durch ein zufälliges Ereignis zerstört wird; gleichzeitig verliert er aber den Anspruch auf die ihm zustehende Gegenleistung¹⁾. Bei einem gegenseitigen Vertrag trägt - bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - daher der Schuldner die Gefahr des zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes.

streit der Interessen von Gläubiger und Schuldner auf gleichgültig, ob die Mitwirkung schuldhaft unterblieben ist. In richtiger Würdigung dieser Tatsache kommt daher Baroncea (vgl. oben S.166f) zu einem objektiven Verzug, obwohl er die Annahme als schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers ansieht.

- 1) H., L. et J. Mazeaud II Nr. 1108 ff S. 900 ff, insbes. Nr. 1111 S. 902.

Müßte er das Risiko, bei Untergang der von ihm geschuldeten Sache den Anspruch auf die Gegenleistung zu verlieren, selbst noch nach Ablehnung eines Erfüllungsangebotes tragen, würde die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers eine bedeutende Erschwerung der Situation des Schuldners mit sich bringen.

aa) Für einen gewissen Kreis von Verbindlichkeiten trifft aber Art. 1138 C. civ. eine andere Bestimmung: "Res perit domino". Der Käufer beispielsweise trägt als Folge des mit dem Vertragsschluß eingetretenen Eigentumsüberganges die Gefahr des zufälligen Unterganges des Kaufgegenstandes von dem Zeitpunkt ab, zu dem die Ware zu liefern war. Geht die gekaufte Sache später unter, wird der Verkäufer nach Art. 1302 C. civ. von seiner Lieferverpflichtung frei, behält aber auf Grund des Art. 1138 C. civ. den Anspruch auf die Gegenleistung¹⁾. Der Gefahrübergang nach Art. 1138 C. civ. vollzieht sich unabhängig davon, ob die Übergabe tatsächlich zu dem vorgesehenen Zeitpunkt erfolgt ist oder nicht. Auch braucht die Übergabe von dem Schuldner nicht angeboten worden zu sein; mit der Fälligkeit der Lieferpflicht des Verkäufers geht die Gefahrtragung regelmäßig auf den Käufer über. Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Verkäufer mit seiner Lieferpflicht im Schuldnerverzuge befindet (Art. 1138 Abs. 2 zweite Satzhälfte).

Da diese Wirkung des Art. 1138 C. civ. aber nur eine Folge des eingetretenen Eigentumsüberganges ist, trifft die Vorschrift nicht zu, wenn die Rechtsänderung erst später erfolgt. Ist eine Gattungsschuld Kaufgegenstand, verzögert sich der Eigentumsübergang; statt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geht das Eigentum erst über, wenn der Gegenstand der Leistung bestimmt, die ursprüngliche Gattungsschuld also individualisiert ist²⁾. Um die Be-

1) vgl. Ripert et Boulanger II Nr. 500 S. 193.

2) H., L. et J. Mazeaud III Nr. 903 S. 735.

schränkung der Schuld auf eine bestimmte Sache herbeizuführen, muß der Verkäufer nach außen erkennbar den für die Lieferung an den Käufer vorgesehenen Gegenstand bestimmt haben. Einer Mitwirkung oder gar der Zustimmung des Gläubigers bedarf es nicht. Andererseits genügt nicht die bloße Aussonderung bestimmter Gegenstände aus der Gattung selbst, wenn der Schuldner den Willen hat, die ausgesonderten Gegenstände zu liefern. Die für den Gläubiger vorgesehenen Gegenstände müssen objektiv erkennbar konkretisiert werden. Es bedarf der äußeren Kenntlichmachung der von dem Verkäufer getroffenen Entscheidung¹⁾. Erst dann gehen Eigentum und Gefahr auf den Gläubiger über; er hat die vereinbarte Leistung zu erbringen, ohne unter Umständen auch die gekaufte Sache als Gegenwert zu erhalten. Da spätestens durch das tatsächliche Angebot des geschuldeten Gegenstandes (Art. 1258 C. civ.) oder durch ordnungsgemäße "sommation" nach Art. 1264 C. civ.²⁾ die Schuld objektiv erkennbar konkretisiert wird³⁾, trägt auch der Schuldner einer Gattungsschuld ab diesem Zeitpunkt weder die Gefahr des zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes noch die Gefahr des Verlustes der ihm zustehenden Gegenleistung⁴⁾.

1) H., L. et J. Mazeaud III Nr. 905 S. 736;

Req. 3. 5. 1932 D.H. 1932,298: Ausreichend ist die Aussonderung der Gegenstände und ihre Bezeichnung mit dem Namen des Käufers.

2) vgl. dazu oben S. 152

3) str.; vgl. zu dem Stand der Meinungen oben S. 152.

4) vgl. auch den Text des Art. 1257 Abs. 2 C. civ.:
"... la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier."; siehe dazu auch Larombière Art. 1257 Nr. 10.

Wo im deutschen Recht die zusätzliche Belastung des Schuldners nur dank der Regeln über den Gläubigerverzug vermieden wird¹⁾, trägt im französischen Recht der Gläubiger bereits auf Grund anderer allgemeiner schuldrechtlicher Vorschriften die Gefahr; insoweit fehlt nach dem Code civil das Bedürfnis für ein Institut der "demeure du créancier".

Art. 1138 C. civ. findet Anwendung auf die "obligations de donner" d.h. auf die Verbindlichkeiten eines Schuldners, die ihn verpflichten, dem Gläubiger das Eigentum an einer Sache zu übertragen. Die Vorschrift beinhaltet eine Sonderregelung, die nicht verallgemeinert werden darf²⁾. Dennoch gilt Art. 1138 C. civ. aber auch dann, wenn der Schuldner eine weitergehende Verbindlichkeit bereits soweit erfüllt hat, daß nur noch das Eigentum an dem Schuldgegenstand zu übertragen ist³⁾.

bb) Durch Art. 1138 C. civ. wird der Schuldner für den weiten Bereich der "obligations de donner" spätestens nach der Zurückweisung seines Erfüllungsangebotes von der Gefahrtragung entlastet.

1) Die Entlastung des Schuldners tritt nach deutschem Recht auf Grund des § 324 Abs. 2 BGB ein; zu der nur sehr beschränkten Bedeutung des § 300 Abs. 2 BGB auf Grund der Vorschrift des § 275 BGB vergleiche: Palandt-Danckelmann § 300 Anm. 3; Staudinger-Werner § 300 Anm. 14 ff.

2) Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 876 S. 488; H., L. et J. Mazeaud II Nr. 1116 S. 903.

3) So z.B. beim Werkvertrag nach der Billigung des ursprünglich im Eigentum des Herstellers stehenden Werkes durch den Besteller: H., L. et J. Mazeaud II Nr. 1120 S. 905 f; vgl. auch Civ. 1.8.1950 S. 1951. 1.100.

Soweit der Schuldner aber nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist, sondern sein Eigentum vorübergehend einem Dritten zur Nutzung zu überlassen hat (z.B. der Fall der Vermietung einer Sache), wird er zwar bei zufälligem Untergang der von ihm zu übergebenden Sache von seiner Leistungspflicht frei (Art. 1302 Abs. 1 C. civ.); er verliert gleichzeitig aber den Anspruch auf die Gegenleistung, die im übrigen auch keinen Ausgleich für den Substanzwert der Sache, sondern nur das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung darstellt. Eine Art. 1138 C. civ. entsprechende Bestimmung fehlt für diesen Bereich.

Was die Pflicht des Schuldners angeht, fremdes Eigentum dem Berechtigten zurückzugeben, kann er sich ebenfalls auf Art. 1302 Abs. 1 C. civ. berufen, wenn er sich für den Verlust des Gegenstandes entlasten will. War ihm das Eigentum zur Nutzung überlassen, stellt sich die Frage nach der Gegenleistungsgefahr nicht; hatte er den fremden Gegenstand zu bearbeiten, trifft ihn die Vergütungsgefahr: Für den Werkvertrag spricht dies Art. 1790 C. civ. ausdrücklich aus.

2. Unterscheidet sich die Lage des Schuldners nach vergeblichem Angebot der Leistung schon hinsichtlich der Gefahrtragung beträchtlich von der eines Schuldners nach deutschem Recht, treten zu diesem Zeitpunkt noch weitere Vergünstigungen in dem Pflichtenkreis des Schuldners ein.

aa) Der erfüllungswillige Schuldner kann von dem Gläubiger die zu erbringende Gegenleistung verlangen, ohne daß sich jener noch auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages¹⁾ berufen könnte. Diese Möglichkeit ist be-

1) Diese Einrede ist von der französischen Lehre entwickelt worden. Vergleiche statt aller: Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, thèse Paris 1914; Civ. 5. 12. 1934 G.P. 1935.1.134.

deutsam, wenn der Vertragspartner in der irrtümlichen Meinung, die angebotene Leistung entspreche nicht der geschuldeten, deren Entgegennahme verweigert und daher seinerseits der ihm obliegenden Verpflichtung nicht nachkommen will. Durch die Kundgabe der eigenen Erfüllungsbereitschaft räumt der Schuldner das Recht des Gläubigers aus, sich weiter auf die "exceptio non adimpleti contractus" zu berufen¹⁾.

bb) Einen dem § 304 BGB vergleichbaren Aufwendungser-satzanspruch kennt der Code civil nicht; Art. 1260 C. civ. bezieht sich nur auf die Kosten des Verfahrens der "offres réelles".

Jedoch hat die französische Lehre in Anlehnung an die Interessenabgrenzung, die der Code civil anlässlich der Regelung der Gefahrtragung vorgenommen hat, einen Anspruch des Schuldners auf Ersatz der von ihm auf den Schuldgegenstand gemachten Aufwendungen bejaht, soweit gemäß Art. 1138 C. civ. die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist. Mit dem Eigentumsübergang fallen dem Gläubiger die Aufwendungen zur Last²⁾. Bei Gattungsschulden tritt daher diese Folge ebenso wie der Gefahrübergang erst ein, wenn der Schuldner den für die Leistung vorgesehenen Gegenstand objektiv erkennbar konkretisiert hat³⁾.

1) Ripert et Boulanger II Nr. 494 S. 192, Nr. 497 S. 193; Pothier, Quasi-contrat negotiorum gestorum, Nr. 226: "Dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation, si elle n'est prête elle-même à remplir la sienne."

Req. 2. 7. 1929 D.H. 1929, 413; anderer Ansicht scheinbar: Civ. 10. 3. 1958 Bull. civ. 1958 I 104.

2) Pothier, Vente, Nr. 292 f S. 227 f; Aubry et Rau V § 356 S. 100; H., L. et J. Mazeaud III Nr. 949 S. 807 f, Nr. 1026 S. 867 f;

Req. 26. 2. 1872 S. 1872.1.64: Nach der Zusendung einer Aufforderung an den Gläubiger, den Schuldgegenstand abzuholen, kann der Schuldner Ersatz der Aufbewahrungskosten verlangen.

3) Zur Konkretisierung einer Gattungsschuld vgl. oben S. 173.

Der von der französischen Lehre im allgemeinen bejahte Aufwendungsersatzanspruch wird nur von Mazeaud dogmatisch eingehender begründet. Er verweist auf die Art. 1136, 1947 C. civ.: Der Schuldner sei auch nach dem vorgesehenen Liefertermin zwar weiterhin zur Aufbewahrung des zu übergebenden Gegenstandes verpflichtet; von diesem Zeitpunkt ab sei er aber einem unentgeltlichen Verwahrer gleichzustellen: entsprechend Art. 1947 C. civ. könne er Ersatz der Aufwendungen verlangen, die durch die Fortdauer der Aufbewahrung notwendig geworden seien¹⁾.

cc) Bei einem "contrat d'entreprise" kann der Unternehmer auf Grund des Gesetzes vom 31. 12. 1903 (in der Fassung vom 28. 3. 1960) die ihm von dem Besteller anvertrauten Gegenstände nach Ablauf von zwei Jahren auf Grund einer einzuholenden richterlichen Ermächtigung versteigern lassen und aus dem Erlös seinen Werklohnanspruch befriedigen. Ist der anvertraute Gegenstand ein Kraftfahrzeug, verkürzt sich die gesetzliche Frist, während der die übergebene Sache aufzubewahren ist, auf ein Jahr. Der Unternehmer kann von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, ohne die Schuldhaftigkeit der Nichtabholung durch den Gläubiger dartun zu müssen.

Sind Schecks oder Wechsel erfüllungshalber hingegeben, trifft den Gläubiger in Anwendung des Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. 6. 1865 die Belastung, die sich aus einer verspäteten Einlösung des ihm übergebenen Wertpapiers ergibt. Lautet das Papier auf eine ausländische Währung und haben sich während der Verzögerung seiner Einlösung die Wechselkursverhältnisse zuungunsten des Gläubigers geändert, trifft ihn diese Verspätungsfolge. Auf ein Verschulden des Gläubigers an der Nichtgeltendmachung des in dem Papier verbrieften Rechtes kommt es

1) H., L. et J. Mazeaud III Nr. 949 S. 808.

nicht an¹⁾.

Ist eine bewegliche Sache Kaufgegenstand, kann der Verkäufer nach Art. 1657 C. civ. den Vertrag ohne vorherige Mahnung als aufgelöst betrachten, wenn der Käufer die Leistung zu dem vereinbarten Termin nicht abgeholt hat. Wenn die Vorschrift auch über die Notwendigkeit eines Verschuldens des Gläubigers keine Auskunft gibt, muß man nach dem Sinn der Bestimmung doch dieses Erfordernis verneinen. Der Schuldner soll sofort nach Ablauf des vereinbarten Erfüllungstermines freie Hand haben. Dieses Ziel des Art. 1657 C. civ. würde aber vereitelt, wenn er zunächst Ermittlungen über die Gründe anstellen müßte, durch die der Gläubiger gehindert worden ist, die gekaufte Sache abzuholen. Da also dem Schuldner die Rechte aus Art. 1657 C. civ. ungeachtet der Tatsache zustehen, ob der Käufer sich schuldhaft nicht zur Entgegennahme der Leistung eingefunden hat²⁾, bedeutet diese Befugnis des Verkäufers eine erhebliche Belastung für den Käufer. Die Rechtsprechung hat daher die Bestimmung einschränkend ausgelegt; sie verlangt, daß der festgelegte Abholungs-termin nach den Vereinbarungen der Parteien "une condition essentielle et déterminante du contrat" gewesen sein muß³⁾.

-
- 1) Vgl. Civ. 10. 11. 1926 D.H. 1927,3 und die vorinstanzliche Entscheidung Paris 30. 4. 1923 D.P. 1923. 2.122; siehe auch Civ. 12. 4. 1927 D.H. 1927,368;

Baroncea S. 157 ff: der Gläubiger befindet sich auf Grund dieses Gesetzes "par la seule échéance du terme" im Verzuge;

vgl. Saleilles S. 39.

- 2) streitig. Noch Verschulden fordernd: Pothier, Vente, Nr. 291 S. 226; Fuzier-Herman Art. 1657 Nr. 12 unter Berufung auf Req. 1. 5. 1928 S. 1928.1.259; scheinbar auch H., L. et J. Mazeaud III Nr. 1025 S. 835 ff; kein Verschulden fordernd: Aubry et Rau V § 356 S. 97 Anm. 3, S.98; Baroncea S. 163 f; Planiol, Ripert et Hamel X Nr. 288 S. 356 f; Civ. 5. 5. 1926 G. Trib. 18. und 19. 1. 1927; Req. 28. 11. 1934 G.P. 1934.2.1020.
- 3) Req. 28. 11. 1934 G.P. 1934.2.1020; ebenso: Req. 13. 2. 1872 D.P. 1872.1.186; Civ. 3. 6. 1929 G.P. 1929.2.227; Aubry et Rau V § 356 S. 98.

Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung zu der Frage des Verschuldens als einer Voraussetzung der Art. 1257 ff C. civ.¹⁾, bessert sich durch ein Vorgehen nach den Vorschriften der Art. 1257 ff C. civ. die schuldnerische Lage; da nämlich das Verschulden des Gläubigers unwiderleglich vermutet wird, treten die Rechtsfolgen dieses Verfahrens auch ein, wenn die Mitwirkung des Gläubigers ausnahmsweise nicht schuldhaft unterblieben ist.

dd) Streitig ist es, ob der Schuldner nach vergeblichem Erfüllungsangebot weiterhin gehalten ist, die Geldschuld vereinbarungsgemäß zu verzinsen²⁾. Eine beachtliche Lehrmeinung will die vertragliche Zinspflicht des Schuldners mit dem Tage als beendet ansehen, den die Parteien als Termin für die Rückzahlung des Darlehens vereinbart hatten³⁾. Da nämlich die Zinspflicht nur auf Grund des unter den Parteien geschlossenen Vertrages bestehe, gewähre die Vereinbarung dem Gläubiger einen Zinsanspruch nur während der vereinbarten Laufzeit des Darlehens. Diese Ansicht hat sich aber nicht durchgesetzt. Nach der Rechtsprechung besteht der Zinsanspruch auch über die vereinbarte Laufzeit hinaus; solange der Schuldner den Geldgenuß habe, müsse er die dafür vereinbarte Gegenleistung erbringen⁴⁾.

1) vgl. dazu oben S. 149 - 151.

2) Handelt es sich nicht um vertragliche, sondern um Verzugszinsen nach Art. 1153 C. civ., endet die Zinspflicht stets mit dem ordnungsgemäßen Angebot des geschuldeten Betrages; mit der Heilung des Schuldnerverzuges entfällt der Anspruch des Gläubigers auf die Verzugszinsen. Str.; vgl. dazu oben S. 121 f.

3) so Baudry-Lacantinerie et Wahl XXIII Nr. 904 S. 509 f, Nr. 924 S. 519; Planiol, Ripert et R. Savatier XI Nr. 1163 S. 491.

4) Civ. 2. 3. 1898 D.P. 1898.1.462; Aubry et Rau VI § 396 S. 105 Anm. 3; Auch im deutschen Recht ist die Möglichkeit erörtert worden, die Zinspflicht des Schuldners trotz eingetretenen Gläubigerverzuges fortbestehen zu lassen, da der Schuldner dann weiter die Nutzungen des Geldes habe: Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iher. Jahrb. 17,261 (382 ff).

Eine Milderung der Verantwortlichkeit des Schuldners für den Schuldgegenstand, den ihm der Gläubiger nicht abgenommen hat, kennt das Gesetz nicht. Eine dem § 300 Abs. 1 BGB¹⁾ entsprechende Bestimmung fehlt im Code civil. Einzig Baroncea will - allerdings ohne eingehende Begründung - die Haftung des Schuldners nach ergebnislosem Leistungsangebot auf "dol" und "faute lourde" mildern²⁾. Im übrigen wird weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre die Möglichkeit einer Milderung der Haftung des Schuldners auf Grund seines fehlgeschlagenen Erfüllungsversuches erörtert. Die von Baroncea vertretene Ansicht hat keine Anhänger gefunden³⁾. Der Schuldner ist daher weiterhin für jedes Verschulden verantwortlich.

II. Die Regelung dieses Tatbestandes durch das französische Recht

a) Bedarf das französische Recht einer "demeure du créancier"?

Nach deutschem und französischem Recht bestehen Unterschiede in der Stellung des Schuldners nach vergeblichem Angebot der Leistung. Zahlreiche Milderungen, die nach

- 1) Zur Tendenz im deutschen Recht, diese Vorschrift zu Lasten des Schuldners einengend auszulegen: Staudinger-Werner § 300 Anm. 4 ff.
- 2) Baroncea S. 162; Paget S. 198 will diese Folge eintreten lassen, wenn der Gläubiger schuldhaft die ihm angebotene Leistung nicht angenommen hat.
- 3) Die von Mazeaud zur Begründung des Aufwendungsersatzanspruches des vergeblich anbietenden Schuldners herangezogene Vorschrift des Art. 1136 C. civ. könnte auch geeignet sein, nach französischem Recht eine gleichzeitig eintretende Haftungsmilderung des Verpflichteten zu begründen: Ist der Schuldner nach der Ablehnung seines Erfüllungsangebotes einem unentgeltlichen Verwahrer gleichzustellen, braucht er nicht schärfer zu haften als dieser. Nach Art. 1927 C. civ. haftet dieser aber nur für eigenübliche Sorgfalt. Vgl. zu einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die unentgeltliche Verwahrung H., L. et J. Mazeaud III Nr. 949 S. 808.

deutschem Recht erst als Folgen des Gläubigerverzuges eintreten, ergeben sich für das französische Recht schon aus dem weniger weitgehenden Inhalt der Verbindlichkeit des Schuldners. Die Gedanken, welche die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches veranlaßt haben, das Institut des Gläubigerverzuges in das Gesetz aufzunehmen, finden sich auch im Code civil; dort hat man ihnen allerdings schon bei der Ausgestaltung der Verbindlichkeit des Schuldners Rechnung getragen. Der französische Schuldner ist seinem Gläubiger in geringerem Maße verpflichtet als der deutsche, wenn man die Vorschriften der §§ 293 - 304 BGB einmal außer acht läßt. Spätestens im Zeitpunkt des Erfüllungsangebotes wandelt sich der Inhalt von Schuld und Forderung in wesentlichen Punkten. Der Widerstreit der Interessen von Gläubiger und Schuldner, den im deutschen Recht der Gläubigerverzug zu lösen versucht, ist im französischen Recht bereits bei dem Umfang der schuldnerischen Leistungspflicht berücksichtigt worden.

Die festgestellten Unterschiede in der Stellung des vergeblich anbietenden Schuldners im deutschen und französischen Recht dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch nach dem Code civil der Schuldner durch die Zurückweisung der dem Gläubiger angetragenen Erfüllung noch erheblich belastet wird. Die nach deutschem Recht festzustellende Erschwerung der Stellung des Schuldners tritt nach dem Code civil nur zu einem Teil wegen des geringeren Umfanges seiner Verbindlichkeit nicht ein. Trotz dieser Vergünstigung bleibt der französische Schuldner zur Verzinsung einer Geldschuld verpflichtet¹⁾ und muß weiterhin für jedes Verschulden einstehen²⁾. Bei dem "contrat d'entreprise" trägt er vorbehaltslos der Art. 1788, 1790 C. civ. die Gegenleistungsgefahr, falls das geschuldete Werk durch ein zufälliges

1) vgl. dazu oben S.179.

2) vgl. dazu noch oben S.180.

Ereignis untergeht. Die Gefahr des Verlustes der Gegenleistung trifft ihn ferner immer dann, wenn der seinerseits zu leistende Gegenstand dem Gläubiger nicht zu Eigentum übertragen werden soll. - Schließlich belastet den Schuldner insbesondere die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ.: Auf den Übergang der Gefahr nach Art. 1138 C. civ. kann sich der Schuldner nur berufen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Leistungsgegenstand ohne sein Verschulden untergegangen ist; kann er diesen Beweis nicht führen, tritt sogar nicht die in Art. 1302 Abs. 1 C. civ. normierte Befreiung von seiner Schuld ein. Nach Art. 1146 C. civ. hat er Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten¹⁾.

Der Schuldner wird durch die Ablehnung seines Erfüllungsangebotes also auch nach französischem Recht noch erheblich belastet. Die Vergünstigungen gegenüber dem deutschen Recht, die sich aus dem Inhalt seiner Verbindlichkeit nach dem Code civil ergeben, sind unzulänglich; das Bedürfnis nach einer weitergehenden Milderung seiner Lage besteht auch im französischen Recht.

b) Zur Geltung einer objektiven "demeure du créancier"

Dieser Notwendigkeit würde durch ein Institut der "demeure du créancier" Rechnung getragen. Da unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers an der Nichtannahme der Leistung die Belastung des Schuldners durch das Fortbestehen seiner Verpflichtung mit nur unzureichend abgeschwächtem Inhalt eintritt, erschiene auch eine Verzugsregelung, die nicht die Schuldhafteigkeit der Nichtannahme voraussetzt; als das geeignete Mittel für eine Lösung der widerstreitenden Interessen der Beteiligten. Zweifelhaft

1) Die Belastung des Schuldners durch die Beweislastregel des Art. 1147 C. civ. wäre ausgeräumt, wenn man eine Milderung seiner Haftung entsprechend der des unentgeltlichen Verwahrers bejahte. Vgl. S. 180 Anm. 3.

ist aber, ob der Code civil wie das Bürgerliche Gesetzbuch einen solchen objektiven Verzug des Gläubigers kennt. Das Gesetz selbst enthält nur einzelne verstreute Vorschriften, welche etwas zu diesem Problem aussagen könnten. Die Art. 1230, 1788 und 1790 C. civ. enthalten Regelungen des Tatbestandes, daß der Gläubiger trotz Angebotes des Schuldners die Leistung nicht entgegennimmt. Art. 1230 C. civ. handelt unter anderem von der Pflicht dessen zur Zahlung einer Vertragsstrafe, "qui s'est obligé ... à prendre"; damit ist die Verpflichtung des Gläubigers "de prendre livraison" gemeint¹⁾. Die Art. 1788, 1790 C. civ. befassen sich mit dem Schicksal der Gegenleistung, wenn das von dem Unternehmer hergestellte Werk durch ein zufälliges Ereignis untergeht. Gemäß Art. 1790 C. civ. erhält der Hersteller dann den Werklohn grundsätzlich nicht; es sei denn, der Gläubiger befinde sich mit der Prüfung und Billigung des Werkes im Verzuge. Das gleiche gilt bezüglich der für die Anfertigung des Werkes benötigten Grundstoffe, wenn diese von dem Unternehmer selbst geliefert werden (Art. 1788 C. civ.)²⁾.

Nach Baroncea soll der Verzug des Gläubigers, wie er in den Art. 1788, 1790 C. civ. erwähnt wird, unabhängig davon eintreten, ob dieser schuldhaft das hergestellte Werk nicht geprüft und entgegengenommen hat³⁾.

Im übrigen äußern sich weder Literatur noch Rechtsprechung unmittelbar zu diesem Problem. Doch ergibt sich die Unrichtigkeit der Ansicht von Baroncea bereits aus dem Gesetzeszusammenhang: Das Gesetz kennt nur einen Begriff der "demeure" (vergleiche die Art. 1138, 1139, 1146, 1228, 1230, 1302, 1656, 1788 - 1790, 1936 C.civ.);

1) Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1369 S. 483.

2) Hat der Besteller die Ausgangsstoffe für das herzustellende Werk geliefert, behält er nicht nur das Eigentum an diesen, sondern sein Eigentum erstreckt sich auch auf das vollendete Werk. Planiol, Ripert et Rouast XI Nr. 927 S. 165.

3) Baroncea S. 176.

es trifft keine grundlegende Unterscheidung zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug. Ergibt dies insbesondere schon die Haftungsvorschrift des Art. 1230 C. civ., die den Verzug von Gläubiger und Schuldner nebeneinander erwähnt, ist diese Tatsache auch durch die Art. 1788 - 1790 C. civ. zu belegen. Art. 1789 C. civ. als Bestimmung, die unter anderem den Fall des Schuldnerverzuges meint¹⁾, wird umschlossen von Vorschriften, die den Fall des Gläubigerverzuges erwähnen. Das Gesetz macht aber nicht kenntlich, daß es sich dabei etwa um zwei grundlegend verschiedene Formen der "demeure" handeln könnte. Die wechselnde Aneinanderreihung von Tatbeständen des Verzuges von Gläubiger oder Schuldner läßt, da das Gesetz keinen Unterschied in den Voraussetzungen erkennen läßt, nur den Schluß zu, daß stets auch ein Verschulden des Zögernden gegeben sein muß. Diese Ansicht wird bestätigt durch die Schriften Pothier's, die den Schöpfern des Code civil als Vorlage gedient haben²⁾. Pothier als Verfechter eines Gläubigerverzuges, dessen Eintritt ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers voraussetzt³⁾, sah ebenfalls für den Werkvertrag eine Gefahrtragungsregelung vor, die den Besteller erst mit Eintritt des Verzuges mit dem Risiko des zufälligen Unterganges des hergestellten Werkes belastete⁴⁾. Daß die Art. 1788, 1790 C. civ. die "demeure" des Gläubigers im Sinne von Pothier verstehen, ergeben auch die Vorarbeiten zu dem Gesetz. Bewußt hat man bei der Abfassung des Art. 1789 C. civ. auf die Erwähnung der "démure du débiteur" verzichtet: Denn der Begriff "faute" umfasse auch den Verzug; in diesem Sinne werde die Bestimmung auch durch den folgenden Art. 1790 erklärt⁵⁾. - Vorgeschichte der Art.

1) Locré, Procès-verbaux contenant la discussion du projet de Code civil, Bd. 3 S. 503 f.

2) dazu Fenet XIII S. 217.

3) vgl. dazu oben S. 150.

4) Pothier, Traité du contrat de louage, Nr. 433 ff S. 293 ff.

5) Locré, aaO, S. 504.

1788, 1790 C. civ. und die synonyme Verwendung des Begriffes "demeure" für das Zögern von Schuldner wie Gläubiger im Gesetz, ohne einen Unterschied in den Voraussetzungen kenntlich zu machen, rechtfertigen den Schluß, daß mit Hilfe der Art. 1230, 1788 und 1790 C. civ. nicht die Geltung einer objektiven "demeure du créancier" im französischen Recht nachgewiesen werden kann.

Ein Gläubigerverzug ohne Verschulden könnte aber aus einem anderen Grunde als nach dem Code civil geltendes Recht angesehen werden. Die Milderungen, die - wie festgestellt - nach dem Gesetz spätestens mit dem tatsächlichen Angebot der Leistung durch den Schuldner eintreten, könnten Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des französischen Rechts sein. Aus ihnen könnte man den Satz ableiten, der Schuldner solle durch die nicht vorhergesehene Fortdauer seiner schuldrechtlichen Verpflichtung nicht belastet werden, wenn diese auf einem außerhalb seiner Sphäre liegenden Ereignis beruhe.¹⁾

Diese Erwägung muß nicht in Widerspruch zu der Feststellung stehen, daß der Code civil in gewissen Fällen nur bei schuldhafter Nichtannahme gewisse Folgen zu Lasten des Gläubigers vorsieht (Art. 1230, 1788 und 1790 C. civ.); soweit dem Gläubiger nämlich eine schuldrechtliche Verbindlichkeit zur Entgegennahme der angebotenen Leistung obliegt, kann er ebenso wie ein Schuldner in Verzug kommen.

1) so der Gedankengang von Baroncea: vgl. oben S. 165.

Eine frühere Ansicht hat versucht, aus Art. 1138 C. civ. einen solchen allgemeinen Grundsatz abzuleiten: Soweit nämlich diese Vorschrift unmittelbar anwendbar sei, gehe die Vergütungsgefahr bereits auf Grund von Gesetz auf den Gläubiger über. Treffe Art. 1138 C. civ. direkt nicht zu (z.B. bei Gattungsschulden), müsse die Gefahr aber in Anwendung von Grundsätzen einer "demeure du créancier" spätestens im Zeitpunkt des vergeblichen Erfüllungsangebotes übergehen. Denn der anbietende Schuldner befinde sich in einer noch günstigeren Lage, als sie der Vorschrift des Art. 1138 C. civ. zugrundeliegt. Eine ablehnende Darstellung dieser Lehre findet sich bei Baroncea S. 155. Ablehnend auch Bouet S. 118.

Aber der Code civil gibt auf andere Weise zu erkennen, daß er über die vorgesehenen Milderungen hinaus keine weiteren Vergünstigungen zugunsten des Schuldners auf Grund der bloßen Nichtannahme der angebotenen Leistung durch den Gläubiger eintreten lassen will. Zunächst läßt sich aus den erwähnten Vergünstigungen des Schuldners kein allgemeiner Grundgedanke gewinnen. Der Umfang der schuldnerischen Verpflichtung mindert sich nach dem Code civil zu sehr verschiedenen Zeitpunkten. Die vielschichtige Regelung des französischen Rechts stellt teils bereits auf das bloße Verstreichen des vorgesehenen Erfüllungstermines, teils auf den Tag des Angebotes der Leistung, teils auf eine gewisse Dauer des Untätigbleibens des Gläubigers ab. Aus diesem Grunde bestehen schon Zweifel, ob sich der von Baroncea abgeleitete Grundgedanke aus dem Gesetz gewinnen läßt. Widerlegt wird dessen Ansicht aber dadurch, daß der französische Gesetzgeber sich durch die Aufnahme der Art. 1257 ff, 1788 und 1790 C. civ. eindeutig gegen einen solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz entschieden hat. Diese Bestimmungen gehen von dem Verschuldensprinzip aus¹⁾. Folgen, die im deutschen Recht an den objektiven Tatbestand des Gläubigerverzuges angeknüpft werden²⁾, treten nach dem Code civil erst ein, wenn der Gläubiger schuldhaft die Leistung nicht angenommen hat. Stellt das Gesetz aber für die Risikoverlagerung und die Hinterlegungsbefugnis des Schuldners eine derartige Voraussetzung auf, kann man nicht wie Baroncea im Code civil den Grundsatz verankert sehen, der Schuldner solle durch ein längeres Bestehen seiner Verpflichtung nicht belastet werden. Die Art. 1257 ff, 1788 und 1790 C. civ. rechtfertigen eher den gegenteiligen Schluß. Weitere als die ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Vergünstigungen können dem Schuldner nur zustehen, wenn

1) vgl. zu den Art. 1257 ff oben S.148f, zu den Art. 1788, 1790 oben S. 183 f.

2) siehe die §§ 372 S. 1, 644 Abs. 1 S. 2, 646 BGB.

dem Gläubiger seine Annahmeverweigerung vorzuwerfen ist.

Das französische Recht kennt also keine "demeure du créancier", die etwa unabhängig davon eintritt, ob der Gläubiger die Nichtannahme zu vertreten hat. Diese aus Grundsatzentscheidungen, die im Code civil für Teilgebiete getroffen worden sind, abgeleitete Feststellung steht im Einklang mit der herrschenden Lehre. Von den Verfechtern einer Geltung des Gläubigerverzuges im französischen Recht tritt nur Baronea für einen objektiven Verzug ein; im übrigen wird stets die Verantwortlichkeit des Gläubigers für die Nichtannahme gefordert¹⁾.

c) Die an den subjektiven Tatbestand der Annahmeverweigerung anknüpfende "demeure du créancier"

Nach dem Code civil könnte aber eine "demeure du créancier" anzuerkennen sein, die bei schuldhaftem Ausbleiben der notwendigen Mitwirkung des Gläubigers eintritt.

Bei der Prüfung dieser Möglichkeit liegt es zunächst wiederum nahe, von den Art. 1230, 1788, 1790 C. civ. auszugehen. Diese Vorschriften erwähnen jeweils Tatbestände, in denen der Gläubiger in Verzug geraten ist. In Verzug kommt danach der Berechtigte, wenn er schuldhaft den angebotenen Leistungsgegenstand nicht entgegennimmt oder in anderer Weise nicht im notwendigen Maße bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses mitwirkt (z.B. Unterlassen der Billigung des hergestellten Werkes - Art. 1788, 1790 C. civ.)²⁾.

1) vgl. dazu oben S.158ff; so auch Saleilles S. 32 Anm.1.

2) Zu dem Wesen der in den genannten Vorschriften erwähnten "demeure du créancier" vergleiche oben S.183 f.

1. Dieser Anhaltspunkt im Code civil gibt freilich keine Auskunft über den rechtlichen Charakter dieses Verzuges und seinen Anwendungsbereich. Die im Gesetz enthaltene Aussage bedarf in doppelter Richtung einer Klarstellung:

aa) Der Verzugstatbestand der Art. 1230, 1788, 1790 C. civ. setzt ein schuldhaftes Verhalten des Gläubigers voraus. Die rechtliche Einordnung dieser "demeure" hängt aber von dem Charakter dieses Verschuldens ab. Das schuldhafte Verhalten kann darin zu sehen sein, daß der Anspruchsinhaber einer schuldrechtlichen Mitwirkungspflicht zuwidergehandelt hat; der Schuldvorwurf gegen den Gläubiger kann aber auch nur deshalb erhoben werden, weil er durch die bloße Nichtausübung seines Rechtes gegen eigene Interessen verstoßen hat. - Hat der Leistungspflichtige einen Anspruch auf die Mitwirkung des Gläubigers, ist insoweit der eigentliche Berechtigte Schuldner seines Schuldners; der Verzug des Gläubigers ist der "demeure du débiteur" wesensgleich. Der subjektive Gläubigerverzug wäre dagegen ein eigenständiges Rechtsinstitut, wenn er, statt Sanktion eines Verstoßes des Gläubigers gegen die ihm obliegende Mitwirkungspflicht zu sein, lediglich Folgerungen aus der Nichtausübung eines Rechtes durch den Anspruchsinhaber zöge.

Die Fassung des Art. 1230 C. civ. ("... qui s'est obligé ... à prendre"¹⁾) spricht für das Bestehen einer Annahmepflicht zumindest dann, wenn ein Lieferungsanspruch Gegenstand der Forderung ist. Der Umkehrschluß aus Art. 1243 C. civ. bestätigt diese Auslegung. Insoweit ist die Entgegennahme der Leistung einmütig

1) "Prendre" ist im Sinne von "prendre livraison" zu verstehen: vgl. oben S.183 und Anm. 1.

von Lehre¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ als schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers anerkannt. - Die Art. 1788, 1790 C. civ. betreffen nicht nur die Lieferung, sondern auch die Billigung des hergestellten Werkes. Die Billigung als eine weitergehende Mitwirkungshandlung ist ebenso wie die bloße Entgegennahme des Leistungsgegenstandes eine schuldrechtliche Pflicht des Gläubigers³⁾.

In diesen wenigen Vorschriften des Code civil, welche einen Verzug des Gläubigers erwähnen, wird der schuldhafte Verstoß des Anspruchsberechtigten gegen die ihm obliegende Verpflichtung, bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses mitzuwirken, geahndet. Diese Bestimmungen sprechen den Gläubiger in seiner Funktion als Schuldner an; der seine Mitwirkung verweigernde Gläubiger befindet sich im Grunde nach den Art. 1230, 1788, 1790 C. civ. im Schuldnerverzuge.

1) Allgemein für alle Lieferverpflichtungen: Req. 26. 2. 1872 D.P. 1872.1.214; vgl. auch Req. 19. 3. 1929 S. 1929.1.245; Com. 3. 11. 1953 Bull. civ. 1953 III 239;

Das gilt insbesondere für die Pflicht des Käufers zur Entgegennahme der gekauften Sache: Com. 21. 10. 1952 Bull. civ. 1952 III 239; Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162.

2) Die Lehre nimmt speziell Stellung zu diesem Problem bei der Behandlung der Käuferpflichten: Giverdon, Les obligations de l'acheteur, in: Hamel, La vente commerciale de marchandises, Nr. 42 S. 276 und Nr. 46 S. 279 f; Planiol, Ripert et Hamel X Nr. 142 S. 162, Nr. 144 S. 163; H., L. et J. Mazeaud III Nr. 1025 S. 835 f;

Für den Kaufvertrag ergibt sich diese Ansicht bereits aus Art. 1657 C. civ.;

Vgl. weiter Colin et Capitant et de la Morandière II S. 469 Anm. 2.

3) Planiol, Ripert et Rouast XI Nr. 931 S. 169 f; Civ. 27. 7. 1914 S. (Bulletin des sommaires) 1914.1.110.

bb) Hat man diese Feststellung getroffen, bedarf es einer weiteren Klarstellung. Die erwähnten gesetzlichen Vorschriften könnten Anwendungsfälle einer allgemein anzuerkennenden Mitwirkungspflicht sein; sie könnten aber auch eine abschließende Aufzählung der Fälle beinhalten, in denen der Gläubiger zur Zusammenarbeit mit dem Schuldner verpflichtet ist.

Trifft die erste Möglichkeit zu, hat die Deutung der Art. 1230, 1788, 1790 C. civ. allgemeine Geltung: Nimmt der Gläubiger das Erfüllungsangebot des Schuldners nicht an, kommt er in Schuldnerverzug. Nachdem sich das Gesetz gegen die Anerkennung einer objektiven "demeure du créancier" entschieden hat¹⁾, bedürfte es dann eines eigenständigen subjektiven Gläubigerverzuges zum Zwecke des Ausgleichs der widerstreitenden Parteiinteressen nicht mehr; denn wenn der Gläubiger für die schuldhaft Verletzung seiner Mitwirkungspflicht im haftungsrechtlichen Sinne verantwortlich ist, hat man gleichzeitig insoweit den bestehenden Interessenkonflikt zu seinen Ungunsten gelöst. - Besteht dagegen nach französischem Recht keine allgemeine Annahmepflicht des Gläubigers, stellt sich noch die Frage, ob der Code civil im übrigen außerhalb des Bereiches der Lieferpflichten eine echte "demeure du créancier" kennt.

Zu dem Problem der Annahmepflicht findet sich, wenn nicht der Kaufgegenstand oder das fertiggestellte Werk angeboten wird, nur in einem Teil der Lehre eine Stellungnahme. Eine derartige Pflicht wird noch bejaht, wenn es besonderer Mitwirkungshandlungen des Gläubigers über die bloße Entgegennahme der Leistung hinaus bedarf²⁾. Im übrigen beschränkt sich ein Teil der Lehre

1) vgl. oben S. 182 - 187.

2) allgemein: Com. 17. 3. 1959 Bull. civ. 1959 III 131;

vgl. im besonderen auch die Zitate oben S. 189 Anm. 3 zur rechtlichen Bewertung der erforderlichen Billigung des Werkes durch den Gläubiger.

auf die kasuistische Aufzählung der Gläubigerpflichten anlässlich der Behandlung einzelner Vertragstypen, ohne das Problem des Bestehens einer schuldrechtlichen Mitwirkungspflicht des Anspruchsinhabers allgemein zu erörtern.

Der Teil der Lehre aber, der diese Fragestellung aufgegriffen hat, bejaht überwiegend eine echte Schuld des Gläubigers, die Handlungen nicht zu verweigern¹⁾, ohne die dem Verpflichteten eine Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht möglich ist²⁾. Den Gläubiger treffe die Pflicht, die Lage des Schuldners nicht gegen dessen Willen zu verschlechtern³⁾. Der Leistungspflichtige habe dann ein Recht auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit⁴⁾; eine pflichtwidrige Beeinträchtigung der Position des Schuldners sei aber schon dadurch gegeben, daß dieser durch die Nichtannahme des Gläubigers weiterhin die Stellung eines schuldrechtlich Verpflichteten behält; diese in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen nur schwer zu beurteilende Belastung des Schuldners genüge, auch wenn sie im Einzelfall nur eine moralische Erschwerung darstelle⁵⁾.

-
- 1) so insbesondere: Paget Nr. 135 S. 93; Viollette S. 2 ff; Bouet S. 181 f; Baroncea S. 16 ff, S. 160; Demogue VI Nr. 12 f S. 17 ff, Nr. 339 S. 371; vgl. auch Pothier, Obligations II Nr. 575 f S. 71; vgl. weiter die oben S.150 Anm.3 zitierten Stellen.
 - 2) Ist der Schuldner nicht auf die Annahmefähigkeit des Gläubigers angewiesen, um erfüllen zu können (dies trifft beispielsweise bei Unterlassungspflichten und bei bestimmten "obligations de faire" zu: vgl. dazu oben S.153), taucht das Problem einer Annahmepflicht des Gläubigers nicht auf.
 - 3) so David, Rev. crit. 1939,95 (100); siehe auch Larombière Art. 1257 Nr. 11, Art. 1264 Nr. 2: Die Nichtannahme der angebotenen Erfüllung ist eine Pflichtverletzung des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner.
 - 4) vgl. Surville II Nr. 372 S. 171; Ripert et Boulanger II Nr. 1555 S. 509.
 - 5) Paget S. 17.

Wenn ein anderer Teil der Lehre zu diesem Problem keine weitgehende allgemeine Aussage macht, ist doch offenbar auch er der Ansicht, die für die Erfüllung notwendige Mitwirkung des Gläubigers sei als eine schuldrechtliche Verpflichtung zu werten. Denn diese Autoren knüpfen an die Verweigerung der Mitwirkung des Gläubigers Folgen an, die ohne Bejahung einer entsprechenden Verpflichtung nicht zu begründen sind¹⁾.

Gegen die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung, die für die Erfüllung notwendige Mitwirkung des Gläubigers sei eine diesem gegenüber dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit, sind vereinzelt Einwände erhoben worden. Während Saleilles, ein Freund des deutschen Rechtes, sich darauf beschränkt, diese Ansicht als bedenklich zu bezeichnen²⁾, spricht Kohler, der sich vor der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches eingehend mit dieser Frage beschäftigt hat, sich gegen eine schuldrechtliche Annahmepflicht des Gläubigers aus. Für das französische Recht beruft er sich zur Begründung seiner Auffassung auf den Art. 1794 C. civ.: Diese Vorschrift sei Ausfluß des Grundsatzes, der Gläubiger könne mit seinen Rechten nach Gutdünken verfahren³⁾. - Diese Einwände haben sich in der französischen Lehre zu Recht nicht durchgesetzt. Art. 1794 C. civ. gibt zwar ebenso wie § 649 BGB dem Besteller eines Werkes die Möglichkeit, durch Erklärung gegenüber dem Un-

-
- 1) Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1212 S. 618: durch die schuldhaftige Nichtannahme macht sich der Gläubiger schadensersatzpflichtig; vgl. dazu im einzelnen weiter bei der Behandlung der Folgen des Gläubigerverzuges unten S.197 f.
 - 2) Saleilles Nr. 26 S. 34.
 - 3) Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iher.Jahrb. Bd. 17 (1879), 261 (276 ff); auch Saleilles aaO beruft sich zur Stützung seiner Bedenken gegen die Pflicht des Gläubigers zur Annahme auf diese Vorschrift.

ternehmer von dem Vertrage Abstand zu nehmen; gleichzeitig muß er aber den Unternehmer für seine Aufwendungen und den ihm entgangenen Gewinn entschädigen. Diese Vorschrift enthält einen Gedanken, der mehr die herrschende als die Meinung Kohler's zu stützen scheint: Dem Gläubiger steht es frei, von einem ihm zustehenden Recht keinen Gebrauch zu machen. Er kann endgültig auf die Erfüllung verzichten; handelt es sich dabei um eine Forderung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages, muß er weiterhin nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen die von ihm geschuldete Gegenleistung erbringen, zumindest aber den Partner für den Verlust der Gegenleistung entschädigen. Art. 1794 C. civ. stellt es dem Gläubiger nur frei, mit seinem Recht insoweit nach Belieben zu verfahren, als dadurch die Rechtsstellung des Schuldners nicht beeinträchtigt wird¹⁾. Der Tatbestand, der aber hier zur Debatte steht, ist der, daß der Gläubiger trotz des Erfüllungsangebotes des Schuldners von seinem Recht zeitweilig keinen Gebrauch macht, gleichzeitig aber Rechtsinhaber bleiben will. Dieses Vorgehen belastet aber, wie ausführlich dargelegt²⁾, den Schuldner. Die Ermächtigung des Art. 1794 C. civ. deckt ein solches Verhalten des Gläubigers nicht mehr. Der Cour de Cassation hat dies eindeutig in einer frühen Entscheidung herausgestellt:

"... ce texte ne lui" (dem Gläubiger) "confère pas la faculté de suspendre, à son gré, pour un temps plus ou moins long, la confection de l'ouvrage"³⁾.

Der Hinweis von Kohler auf Art. 1794 C. civ. spricht daher nicht gegen eine schuldrechtliche Annahmepflicht des Gläubigers. Daß dessen Verbindlichkeit nur solange besteht, als jener sich als Rechtsinhaber betrachtet, widerlegt die herrschende Meinung nicht. - Mag ein

1) so richtig Baroncea S. 165.

2) vgl. oben die S. 180 - 182.

3) Civ. 27. 7. 1914 S. (Bulletin des sommaires) 1914. 1.110.

Umkehrschluß aus Art. 1794 C. civ., der Gläubiger sei im übrigen dem Schuldner gegenüber verpflichtet, auch nicht zwingend zu ziehen sein; die Tendenz der Vorväter des Code civil, Leistung und deren Entgegennahme als die korrespondierenden Pflichten von Schuldner und Gläubiger anzusehen¹⁾, und ihre Übernahme in das französische Gesetzbuch (arg. Art. 1243 C. civ. e contrario) beweist die Richtigkeit der heute gültigen französischen Lehre, der Schuldner habe einen Anspruch auf Annahme der Erfüllung durch den Gläubiger²⁾.

Nimmt der Gläubiger also ein Erfüllungsangebot nicht an, verstößt er gegen die ihm obliegende Mitwirkungspflicht. Da die verweigerte Annahme regelmäßig nachholbar ist, entspricht das Verhalten des Gläubigers tatbestandsmäßig der Verzögerung der Leistung durch den Schuldner. Der Gläubiger kommt in Verzug; die "demeure du créancier" ist im Gegensatz zu dem Gläubigerverzug des deutschen Rechts eine Sanktion für die pflichtwidrige Verweigerung der Entgegennahme der angebotenen Erfüllung; sie regelt die Verantwortlichkeit des Gläubigers für die Folgen seiner schuldhaften Leistungsstörung³⁾.

2. Der Code civil selbst hat die Ausgestaltung des Institutes der "demeure du créancier" vernachlässigt. Das Problem der Abgrenzung des Gläubigerverzuges

1) vgl. oben S. 158 und die dortige Anm. 2.

2) vgl. auch Huc VIII Nr. 100 S. 134.

3) Huc lehnt auch die Existenz dieser Form des Gläubigerverzuges ab. Nach seiner Anschauung fehlt bei einem Pflichtenverstoß des Gläubigers eine dem Schuldnerverzug entsprechende Privilegierung des Zuwiderhandelnden. Zugunsten des Gläubigers bestehe keine Unterscheidung zwischen einer "demeure" und der "inexécution"; der Gläubiger habe für jedes ihm vorwerfbare Verhalten einzustehen, bestehe dies auch nur in der bloßen Hinauszögerung einer Mitwirkungshandlung: Vgl. Huc VIII Nr. 99 S. 133 f;

Diese Ansicht steht aber in Widerspruch zu zahlreichen Vorschriften des Code civil, die erst Folgen an die Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger knüpfen, wenn dieser sich "en demeure" befindet

von der Unmöglichkeit, das im deutschen Recht heute noch umstritten ist¹⁾, wird weder im Gesetz noch in der Lehre erörtert. Voraussetzungen und Folgen dieser "demeure" hat der Code civil ebensowenig geregelt.

aa) Die Abgrenzungsschwierigkeiten des deutschen Rechts treten im französischen Recht nicht auf. Da Unmöglichkeit und Annahmeverzögerung dem Schuldner erst Rechte gewähren, wenn der Gläubiger eine dieser Leistungsstörungen zu vertreten hat, können die gleichen Abgrenzungsmerkmale angewendet werden, die bei der Feststellung des Anwendungsbereiches der "demeure du débiteur" entwickelt worden sind²⁾: Unmöglich ist die nicht mehr nachholbare Leistung des Schuldners; für die Frage der Nachholbarkeit ist darauf abzustellen, ob der Schuldner erfüllen kann, wenn man die Bereitschaft des Gläubigers mitzuwirken unterstellt³⁾.

bb) Voraussetzungen und Folgen der "demeure du créancier" lassen sich, da anders als im deutschen Recht der französische Gläubigerverzug eine Pflichtwidrigkeit des Anspruchsinhabers ahndet, in sinnge-
mäßiger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den Schuldnerverzug entwickeln. Trotz der im französischen Recht bestehenden Wesensgleichheit von Leistungs- und Annahmeverzug darf nicht verkannt werden,

(Art. 1230, 1788, 1790 C. civ.). Auch der Umkehrschluß aus Art. 1657 C. civ. ergibt, daß im übrigen der Gläubiger in Verzug gesetzt worden sein muß, ehe der Schuldner aus der Tatsache der Nichtannahme Rechte herleiten kann.

1) vgl. dazu Fikentscher, Schuldrecht, § 46 V S. 215 f.

2) vgl. dazu oben S.12 ff.

3) Nimmt der Arbeitgeber dagegen pflichtwidrig die Dienste seines Angestellten nicht an, tritt wegen der besonderen Bedeutung des Zeitelements im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses Unmöglichkeit ein: Soc. 26. 6. 1959 D. 1959,529.

daß der Verstoß des Gläubigers gegen seine Annahmepflicht eine besondere Fallgruppe des Schuldnerverzuges darstellt, die gewisse Eigenarten aufweist. Die Voraussetzungen und Folgen der "demeure du débiteur" passen für diese Fallgestaltung nicht. Sie bedürften einer Anpassung, die das Gesetz selbst nicht vorsieht.

Unstreitig ist es, daß statt der "sommation" (Art. 1139 C. civ.) jedes tatsächliche Erfüllungsangebot des Schuldners ausreicht, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. Der formellen Leistungsaufforderung beim Schuldnerverzug entspricht beim Gläubigerverzug das tatsächliche Angebot¹⁾. Nur wenn die von dem Schuldner zu erbringende Leistung eine Holschuld ist, genügt statt des tatsächlichen Angebotes auch eine Mahnung im Sinne des Art. 1139 C. civ.: Der Schuldner setzt den Gläubiger dadurch in Verzug, daß er diesen schriftlich zur Abholung des Gegenstandes der Verbindlichkeit auffordert²⁾. Kommt der Gläubiger dann seiner Pflicht zur Entgegennahme der Leistung schuldhaft nicht nach, befindet er sich im Verzuge.

cc) Die Rechtsfolgen der "demeure du créancier" könnten ebenfalls im Wege der Anpassung der Vorschriften des Code civil über die Wirkungen der "demeure du débiteur" ermittelt werden. Den Versuch einer derartigen

-
- 1) Paget S. 133 f; Viollette S. 4, 12 f: das tatsächliche Angebot stellt eine noch eindringlichere Art der Aufforderung dar als die strenge "sommation"; Demogue VI Nr. 339 S. 371.
 - 2) Paget S. 21 ff; Larombière Art. 1264 Nr. 2: im übrigen genügt auch jeder "acte équivalent" im Sinne des Art. 1139 C. civ.; Req. 26. 2. 1872 D.P. 1872.1.214; Com. 3. 11. 1953 Bull. civ. 1953 III 239; Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162.

Anpassung haben Paget und seine Anhänger gemacht¹⁾. Jedoch haben sie sich mit ihren Vorschlägen nicht durchzusetzen vermocht. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre stellen als Folge des Gläubigerverzuges den Schadensersatzanspruch des Schuldners in den Mittelpunkt. Sie leiten den Anspruch unmittelbar aus Art. 1146 C. civ. ab: Der Gläubiger schuldet die Annahme; zögert er diese hinaus, befindet er sich wegen der insoweit gegebenen Schuldnerereignenschaft im Verzuge²⁾. Der Besonderheit, daß statt des Schuldners der Gläubiger in Verzug geraten ist, wird mittelbar durch Bemessung des Umfangs des Ersatzanspruches aus Art. 1146 C. civ. Rechnung getragen. Geht der Leistungsgegenstand nach Eintritt der "demeure du créancier" durch Zufall unter, bevor nach allgemeinen Vorschriften die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist³⁾, wird dieser Übergang beispielsweise mittelbar⁴⁾ über den Anspruch aus Art. 1146 C. civ. bewirkt: Dem Schuldner wird Ersatz des

1) Paget S. 147 ff und Viollette S. 7 f: Die Wirkungen des Gläubigerverzuges sind ein Spiegelbild der Folgen des Schuldnerverzuges. Wegen der Einzelheiten vgl. oben S.159 f.

2) Larombière Art. 1264 Nr. 5; Aubry et Rau IV § 322 S. 306; Demogue VI Nr. 342 S. 374; Planiol, Ripert et Radouant VII Nr. 1212 S. 618;

Req. 8. 8. 1870 S. 1872.1.84; Req. 26. 2. 1872 D.P. 1872.1.214; Civ. 13. 7. 1881 S. 1883.1.272; Civ. 28. 6. 1892 D.P. 1892.1.383; Com. 21. 10. 1952 Bull. civ. 1952 III 239;

ebenso Huc VIII Nr. 99 S. 133 f, der den Schadensersatzanspruch aber nicht als Verzugsfolge ansieht: Vgl. dazu oben S. 194 Anm. 3;

Bedenken gegen einen Rückgriff auf Art. 1146 C. civ. äußern mit Hinweis auf Art. 1260 C. civ., der als abschließende Regelung des Ersatzanspruches des Schuldners betrachtet werden könne, Colin et Capitant et de la Morandière II Nr. 1475 S. 828.

3) vgl. dazu oben S.172 - 175.

Die allgemeinen Vorschriften versagen zum Beispiel aber, wenn der Schuldner nur eine der Gattung nach bestimmte Sache zu leisten hat, diese Verpflichtung eine Holschuld ist und der Gläubiger durch eine "sommation" zur Abholung aufgefordert worden ist, ohne daß die Schuld durch genaue Bezeichnung des zur Leistung vorgesehenen Gegenstandes in dem Mahnungsschreiben konkretisiert worden wäre.

4) Pothier, Obligations I Nr. 283 S. 199 ließ noch die

Schadens gewährt, der ihm infolge der durch die Nichtannahme des Gläubigers bewirkten Verlängerung seiner Gefahrtragungspflicht entstanden ist¹⁾. - Neben dem Anspruch auf Schadensersatz billigen Rechtsprechung und Lehre dem Schuldner auch die Rechte aus Art. 1184 C. civ. zu; jener kann die Vertragsauflösung betreiben und Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch das von dem Gläubiger zu vertretende Scheitern des Vertrages entstanden ist²⁾. Allerdings kommt hier dem Recht des Richters, die Auflösung zumindest vorübergehend zu verweigern, besondere Bedeutung zu; es gelten insoweit die bei der Behandlung des Schuldnerverzuges dargestellten Grundsätze³⁾.

Zusammenfassend ist festzustellen: Auch das französische Recht kennt eine "demeure du créancier". Dieses Institut weist im Vergleich zu dem Gläubigerverzug des deutschen Rechts erhebliche Besonderheiten auf. Es knüpft nicht an den objektiven Tatbestand der Nichtannahme der geschuldeten Leistung an. Die Verzugsfolgen treten nur ein, wenn dem Gläubiger seine unterbliebene Mitwirkung vorzuwerfen ist. Dieser subjektive Verzug sanktioniert eine Pflichtwidrigkeit des Gläubigers, der seiner ihm gegenüber dem Schuldner obliegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeit, bei der Erfüllung mitzuwirken, zuwidergehandelt hat.

Gefahr mit Eintritt der "demeure du créancier" stets unmittelbar auf den Gläubiger übergehen.

- 1) Demolombe XXVIII Nr. 140 S. 97 f; Viollette S. 110 ff; Bouet S. 119; Baroncea S. 155 f;

vgl. auch Com. 21. 10. 1952 Bull. civ. 1952 III 239; im Grunde zustimmend auch Req. 26. 2. 1872 S. 1872-1.64;

anderer Ansicht Larombière Art. 1257 Nr. 11: Die allgemeinen Vorschriften einschließlich der Art. 1257 ff C. civ. schließen als *lex specialis* diese Möglichkeit aus.

- 2) Baudry-Lacantinerie et Barde XIII Nr. 1634 S. 724 f; Surville II Nr. 376 S. 174; Paget S. 18 f; Huc VIII Nr. 100 S. 134: beachte aber oben S. 194 Anm. 3;

Req. 19. 3. 1929 S. 1929.1.245; Civ. 22. 10. 1956 J.C.P. 1956 IV 162; Com. 17. 3. 1959 Bull. civ. 1959 III 131.

- 3) vgl. dazu oben S. 105 ff.

d) Die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung -
ihr Rechtscharakter nach deutschem und französi-
schem Recht

Die Untersuchung der "demeure du créancier" hat einen grundlegenden Unterschied zu dem deutschen Institut des Gläubigerverzuges ergeben: Während die §§ 293 ff BGB an den objektiven Tatbestand der widerstreitenden Interessen von Gläubiger und Schuldner anknüpfen und diese auszugleichen suchen, regelt nach dem Code civil die "demeure du créancier" die Haftung des Gläubigers für einen Verstoß gegen die ihm obliegende Annahmepflicht. Das französische Recht lehnt einen begünstigenden Eingriff in den Pflichtenkreis des Schuldners ab, wenn nur der objektive Tatbestand einer fehlenden Mitwirkung des Gläubigers verwirklicht ist¹⁾; nimmt dieser aber schuldhaft die ihm angetragene Erfüllung nicht an, haftet er in vollem Umfange für die Folgen seines pflichtwidrigen Handelns. Der Gläubigerverzug des deutschen Rechts knüpft bereits an die objektive Sachlage einer ausbleibenden Mitwirkung des Anspruchsinhabers an: Ein großer Teil der sich durch die Nichtannahme ergebenden zusätzlichen Risiken für den Schuldner wird dem Gläubiger aufgebürdet; dagegen tritt an die Stelle dieser Risikoverlagerung auch bei verschuldeter Nichtannahme nicht die volle Verantwortlichkeit des Gläubigers. Denn nach deutschem Recht besteht regelmäßig keine schuldrechtliche Pflicht zur Mitwirkung. Daher ist auch eine Verpflichtung des Gläubigers zum Schadensersatz nicht bekannt²⁾.

Die deutsche und französische Regelung des Gläubigerverzuges setzt also jeweils auf einer anderen Ebene an.

1) In diesem Zusammenhang sind aber die Vergünstigungen zu beachten, die nach französischem Recht unabhängig von einer Verzugsregelung im Zeitpunkt des vorgesehenen Erfüllungstermines eintreten: vgl. dazu ausführlich oben S. 170 ff.

2) Fikentscher § 46 III 2 a) S. 213; Staudinger-Werner § 304 Anm. 3.

Der Code civil beläßt die sich durch die lediglich objektiv ausbleibende Mitwirkung des Gläubigers ergebende Belastung bei dem Schuldner, soweit er ihr - wenn auch nur unzulänglich¹⁾ - nicht schon bei der Ausgestaltung des Umfanges der schuldnerischen Verbindlichkeit Rechnung getragen hat; in diesem Bereich greift nach deutschem Recht aber bereits das Institut des Gläubigerverzuges ausgleichend ein. Die "demeure du créancier" macht den französischen Gläubiger verantwortlich für jede schuldhaft unterbleibende Mitwirkung; das deutsche Recht kennt eine derart weitgehende Haftung nicht. Etwas anderes gilt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur, wenn sich der Gläubiger gleichzeitig im Falle des Vorliegens einer nur ausnahmsweise anzuerkennenden Annahmepflicht im Schuldnerverzuge befindet. - Die Entscheidung des Code civil, keine Folgen an den objektiven Tatbestand der Annahmeverzögerung anzuknüpfen, hat ihre Ursache in der Auffassung, eine Risikoverlagerung bedeute bereits die Inanspruchnahme des Gläubigers in einem haftungsrechtlichen Sinne; eine Haftung ohne Verschulden sei aber in diesem Bereich nicht denkbar²⁾. Die Einstellung des französischen Gesetzgebers ist zu Recht bedauert worden³⁾. Die Cour de Cassation hat für diese Fälle einen Ausweg angedeutet, der außerhalb des Rechts der "demeure" liegt; zu dieser Rechtsprechung wird im einzelnen in dem dritten Hauptteil dieser Arbeit Stellung genommen⁴⁾.

Das deutsche Recht dagegen ist in diesem Bereich vorbildlich. Es lehnt aber regelmäßig eine über die §§ 293 ff BGB hinausgehende, umfassendere Verantwortlichkeit des Gläubigers selbst dann ab, wenn dieser

1) dazu oben S. 181 f.

2) Demogue VI Nr. 341 S. 373.

3) vgl. oben S. 162 ff die Darstellung der Auffassung Baroncea's.

4) siehe unten S. 226 - 231.

schuldhaft seine Mitwirkung bei der Erfüllung versagt hat. Da den Gläubiger nach dem Gesetz regelmäßig keine schuldrechtliche Annahmepflicht trifft, ist auch seinerseits keine Pflichtverletzung denkbar. Deutsches und französisches Recht beziehen in dieser Frage miteinander unvereinbare Standpunkte. Nach dem Code civil ist der Gläubiger zu der von seiner Seite notwendigen Mitwirkung schuldrechtlich verpflichtet; nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine derartige Verbindlichkeit grundsätzlich nicht anzuerkennen. Ob das deutsche Gesetz bei dieser Entscheidung die Lage des Schuldners gerecht gewürdigt hat, wird im folgenden untersucht werden. Bereits die geschichtliche Entwicklung in diesem Bereich vermittelt wertvolle Aufschlüsse.

1. Als der Code civil im Jahre 1804 in Kraft trat, stand die Lehre in Deutschland auf dem gleichen Standpunkt wie heute noch die französische Rechtslehre: Leistungs- und Annahmeverzug wurden als in ihrem Wesen gleichartige Rechtsinstitute angesehen. Bezeichnend für die damalige Meinung, die bis tief in das 19. Jahrhundert hinein herrschend war, ist diese Definition, die sich bei von Madai findet:

"Mora ist die dem Säumnigen zurechenbare, also die eine culpa enthaltende Säumnis bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit, eine Säumnis, die ebenso auf seiten des Kreditors (mora accipiendi), wie des Debitors (mora solvendi) vorkommen kann."¹⁾

1) von Madai, die Lehre von der mora, S. 14;

Im gleichen Sinne: Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 4, § 328 S. 401 f; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Teil § 371 f S. 314 ff; Wolff, Zur Lehre von der mora, S. 11; Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2 § 268 S. 101; H. Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 43 S. 119 f; dergl., Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. 2 § 73 S. 176; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 § 345 S. 281 f.

Zwar warf Schoemann¹⁾ schon frühzeitig die Frage auf, ob die behauptete Wesensgleichheit von Schuldner- und Gläubigerverzug tatsächlich bestehe oder ob für die "mora accipiendi" ein Verschulden des nichtannehmenden Gläubigers nicht vorausgesetzt werden dürfte. Seine Fragestellung blieb aber ungehört oder wurde mit dem Hinweis beantwortet, dem Leistungsverzug auf der Schuldnerseite entspreche der Annahmeverzug auf der Gläubigerseite²⁾.

Erst Mommsen griff das von Schoemann aufgezeigte Problem wieder auf; nach der von ihm vertretenen Auffassung verletzte der Gläubiger durch die Nichtannahme keine dem Schuldner gegenüber eingegangene Verpflichtung, sondern unterließ es lediglich, ein ihm zustehendes Recht auszuüben³⁾. Dennoch verlangte Mommsen weiter ein Verschulden des nicht mitwirkungsbereiten Gläubigers als Voraussetzung für den Eintritt des Annahmeverzuges. - Wenn auch insbesondere die Pandektenwissenschaft der Ansicht Mommsen's ablehnend gegenüberstand, wurde doch von manchem seine Auffassung aufgegriffen. Doch wie Mommsen selbst gingen auch andere den begonnenen Weg nicht zu Ende: Sie verneinten eine schuldrechtliche Mitwirkungspflicht des Gläubigers, behielten aber weiter die Verschuldensvoraussetzung bei⁴⁾.

1) Schoemann, Lehre vom Schadensersatz, Teil 2 S.12 ff.

2) Mühlenbruch, aaO, § 372 S. 318 Anm. 5.

3) F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. Abt.: Die Lehre von der mora, S. 134.

4) Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, S. 105: "Der nichtannehmende Gläubiger verletzt kein Recht des Schuldners und keine konkrete Pflicht gegen ihn; denn beides existiert nicht. Aber er handelt unter der allgemeinen Rechtspflicht, niemand zu schädigen. Diese Pflicht obliegt dem Gläubiger, wie gegen jedermann, so auch gegen seinen Schuldner."

Erst Kohler war es, der die Wesensgleichheit von Leistungs- und Annahmeverzug leugnete und die sich daraus ergebenden Folgerungen zog. Er lehnte wie Mommsen das Bestehen einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Gläubigers ab, eine angebotene Leistung entgegenzunehmen oder in sonstiger Weise bei der Erfüllung mitzuwirken; daher unterliege das Institut des Gläubigerverzuges anderen Gesetzen als das des Schuldnerverzuges. Die Annahme der Leistung sei nur ein Recht des Gläubigers; mit seinen Rechten könne jener aber nach Belieben verfahren. Aufgabe des Gläubigerverzuges sei es nur, die Belastungen des Schuldners zu mildern, die sich als Folge einer Nichtausübung des Gläubigerrechtes ergäben¹⁾. - Diese Ansicht Kohler's liegt auch den Vorschriften der §§ 293 ff BGB zugrunde²⁾. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch besteht regelmäßig keine schuldrechtliche Annahmepflicht des Gläubigers³⁾. Ausnahmen von diesem Grundsatz hat das Gesetz durch die §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1, 696 BGB nur bei gewissen Schuldverhältnissen gemacht. Ferner ermöglicht die bestehende Vertragsfreiheit es den Parteien, die für die Erfüllung notwendigen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers als ihm gegenüber dem Schuldner obliegende Verbindlichkeiten auszugestalten⁴⁾.

1) Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iher. Jahrb. 17, 261 (268, 281);

Ebenso: Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, S. 216 ff; Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, Iher. Jahrb. 43, 141 (203 ff).

2) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2 S. 69.

3) Zust. die heutige h.L.: Planck-Siber Vorb. 1 vor § 293; Oertmann, Vorb. 1 vor § 293; Siebert-Reimer Schmidt Vorb. 1 vor § 293; Palandt-Danckelmann § 293 Anm. 5; Erman-Groepper Vorb. 2 vor § 293; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. 1 § 299 S. 580; Enneccerus-Lehmann § 58 II 4 S. 24b; Larenz I § 24 I S. 290.

4) Leonhard I § 299 S. 581; Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 147 Anm. 733 d): Diese Vereinbarung muß nicht notwendig ausdrücklich getroffen sein, sie kann sich bereits aus dem Wesen des Vertrages ergeben (vgl. die in Anm. 733 unter b) genannten Beispiele).

2. Der Satz Kohler's, den Gläubiger treffe keine schuldrechtliche Mitwirkungspflicht, vielmehr stehe es ihm frei, mit seinen Rechten nach Belieben zu verfahren, hat aber in den letzten Jahrzehnten in der deutschen Lehre Widerspruch ausgelöst. Nur am Rande erwähnt werden möge in diesem Zusammenhange die Versuche, die sich nicht unmittelbar gegen den Grundsatz Kohler's als solchen wenden, sondern diesen dadurch mittelbar in seinen Auswirkungen beschneiden wollen, daß man die Ausnahmefälle des Bestehens einer Mitwirkungspflicht erweitert. So sollen die §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1, 696 BGB nur eine beispielhafte Aufzählung der anzuerkennenden Ausnahmen darstellen; was für den Käufer zutrefte, müsse immer gelten, wenn eine Lieferverpflichtung Gegenstand des Gläubigerrechts sei¹⁾. Ferner werden teilweise die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers, die zu der Vorbereitung der Leistung des Schuldners unentbehrlich sind, als schuldrechtliche Verbindlichkeiten des Anspruchsberechtigten angesehen²⁾. Schließlich soll im Einzelfall eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleiten sein³⁾.

Aber auch der Grundsatz selbst, den Gläubiger treffe keine Annahmepflicht, ist angegriffen worden. Lange kommt in Würdigung des seiner Ansicht nach zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden Vertrauensverhältnisses dazu, beide Parteien als einander verpflichtet anzusehen⁴⁾. - Die auf das gleiche Ziel gerichtete Mög-

-
- 1) Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2 S. 135 f; abl. Oertmann Vorb. 1 vor § 293.
 - 2) Planck-Siber Vorb. 2 b vor § 293; Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 147 Anm. 733 c); abl. Staudinger-Werner § 293 Anm. 18.
 - 3) so Esser § 76 6d) S. 329; Larenz I § 24 I S. 290.
 - 4) Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 70: "Je mehr sich das Schuldverhältnis aus einem äußeren Leistungsmechanismus zu einer inneren Vertrauensgemeinschaft vertieft, um so mehr müssen sich auch die Anforderungen des Rechts an die Persönlichkeit der Beteiligten steigern. Gläubiger und Schuldner sind so nicht mehr Herr und Knecht, sind gleichwertige Genossen. Der verschuldete

lichkeit, auf Grund des § 823 I BGB eine allgemeine außervertragliche Annahmeverpflichtung des Gläubigers anzunehmen, hat das Reichsgericht im Jahre 1929; verworfen¹⁾.

Die heute herrschende Meinung verkennt nicht, daß auch der ordnungsgemäß handelnde Gläubiger gehalten ist, eine ihm angetragene Erfüllung nicht abzulehnen. Zwar bestehe keine schuldrechtliche Verbindlichkeit des Gläubigers, dem Schuldner die Erfüllung zu ermöglichen. Dieser könne nicht Inhaber eines klagbaren Anspruches auf Entgegennahme der Leistung durch den Gläubiger sein, jedoch sei die Annahme eine "Obliegenheit" des Gläubigers. Während Stoll noch mißverständlich nur von einer "Obliegenheit des eigenen Interesses" spricht²⁾, besteht nach Reimer Schmidt das Wesen dieser "Obliegenheit" des Gläubigers in der Anerkennung der Tatsache, daß dem "Abwicklungsinteresse" des Schuldners rechtliche Beachtung geschenkt werden muß³⁾. Es besteht eine gewisse "Pflichtigkeit" des Gläubigers, bei der Erfüllung mitzuwirken; jedoch ist diese nicht so stark, daß ihr vom Gesetz der Charakter einer schuldrechtlichen Verpflichtung zuerkannt worden ist⁴⁾. Begründet wird

Verzug des einen wie des anderen muß darum Schuldverletzung sein, muß in den Verletzungsfolgen gleichbehandelt werden."

- 1) RG Urteil vom 27.2.1929, Amtl. Sammlung Bd. 123, 338 (340, 341); vgl. oben S. 202 Anm. 4.
- 2) Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Halbbd. S. 180.
- 3) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 146; zust.: Larenz I § 24 I S. 290; BGH Urteil vom 13.11.1953, Amtl. Samml. Bd. 11, 80 (83).
- 4) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 147: "Der teleologische Rechtszwang zur Annahme hat allerdings nicht die starke Wirkung einer Verbindlichkeit, da es der Interessenlage nicht entsprechen würde, wenn man dem Schuldner allgemein einen klagbaren Anspruch gegen den Gläubiger auf Annahme der Leistung geben würde. Von der logisch konstruktiven Seite her hätten keine Bedenken bestanden, eine entsprechende Verbindlichkeit zu schaffen."

diese Entscheidung des Gesetzes mit der bestehenden "gespaltenen Interessenlage"¹⁾: Die Mitwirkung, die dem Gläubiger "obliegt", liegt gleichzeitig auch - zu- meist sogar in erster Linie - in seinem eigenen Interesse; dieser Interessenlage entspricht es nicht, dem Schuldner gegen den Gläubiger einen schuldrechtlichen Anspruch auf Mitwirkung zu geben, auf eine Handlung also, die gerade im besonderen Interesse des Gläubigers liegt²⁾.

3. Wenn auch die herrschende Meinung den Gläubiger zu Recht gehalten sieht, die seinerseits notwendigen Mitwirkungshandlungen nicht zu verweigern, ergeben sich doch dadurch Schwierigkeiten, daß kein dieser Pflichtigkeit des Gläubigers entsprechendes Recht des Schuldners anerkannt wird. Zwei Beispiele aus Lehre und Rechtsprechung mögen dies deutlich machen: 1. Der Gläubiger weist eine Sendung von ihm gemieteten Porzellans grundlos zurück. Die Gegenstände werden durch Zufall auf dem durch die Ablehnung bedingten vorzeitigen Rücktransport beschädigt³⁾. Der Mieter haftet auch bei schuldhafter Ablehnung nicht für den dem Vermieter entstandenen Schaden, da ihn keine Annahmepflicht trifft. Auch der gemäß § 324 Abs. 1 und 2 BGB fortbestehende Anspruch auf die Gegenleistung vermag dem Schuldner keinen Ausgleich des eingetretenen Verlustes zu sichern, da der Mietzins für die vereinbarte Laufzeit des Vertrages nur selten dem Substanzwert des Mietgegenstandes entspricht. - 2. Der Schuldner bietet dem Gläubiger vergeblich die Bezahlung einer Forderung an. Nach der Währungsreform verlangt der Gläubiger Zahlung in Höhe des früheren Nennbetrages, da seine Forderung nach dem Umstellungsgesetz im Ver-

1) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 154.

2) vgl. Reimer Schmidt, aaO, S. 104.

3) Beispiel von Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd.1, § 299 S. 580.

hältnis 1:1 umgestellt war. Das erkennende Gericht entsprach dem Klagebegehren, da der Schuldner trotz des vor der Währungsumstellung eingetretenen Gläubigerverzuges wegen des Fehlens einer Annahmepflicht keinen Anspruch auf Schadensersatz habe¹⁾. - Außer in derartigen Fällen tritt die Problematik der Stellung des leistungswilligen Schuldners zu Tage, wenn er, nachdem er den Berechtigten in Annahmeverzug gesetzt hat, oft bezüglich des tatsächlichen Leistungstermines der Willkür des Gläubigers ausgeliefert ist; diese Benachteiligung wiegt dann besonders schwer, wenn der Schuldner sein Hinterlegungsrecht wegen der Eigenart seiner Verbindlichkeit nicht ausüben kann, weil etwa der Gläubiger die zur Vorbereitung der Erfüllung notwendigen Mitwirkungshandlungen nicht erbringt²⁾.

Diese Beispielsfälle erweisen, daß die Vorschriften über den Gläubigerverzug keinen vollkommenen Schutz des Schuldners gewährleisten, wenn der Berechtigte schuldhaft die seinerseits notwendige Mitwirkung unterläßt. Zwar trifft jenen die Obliegenheit, eine angebotene Leistung anzunehmen; dieser Obliegenheit entspricht aber keine unmittelbare Berechtigung des Schuldners. Die schuldhafte Obliegenheitsverletzung wird durch die §§ 293 ff BGB nur unzureichend geahndet.

Die moderne Rechtslehre versucht in diesen Fällen helfend einzugreifen. Teilweise sieht sie sich aber gebunden durch die vom Gesetz getroffene Entscheidung, nach der eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung nicht besteht. Stoll³⁾ und Danckelmann⁴⁾

1) OGH Köln Urteil vom 23. 11. 1949 NJW 1950, 144 (145); kritisch auch zu dieser Entscheidung Röttemann in seiner Anmerkung zu einem Urteil des OGH Köln vom 23. 2. 1950 NJW 1950, 782 (783), der diesen Fall durch Anwendung des § 300 Abs. 2 BGB zugunsten des Schuldners der Forderung gelöst sehen möchte.

Vgl. einen ähnlich gelagerten Fall: RG JW 1925, 229 mit ablehnender Anmerkung Weygand.

2) Im Werkvertragsrecht hilft in derartigen Fällen des § 642 Abs. 1 BGB; vgl. auch § 615 BGB.

3) Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Halbbd. S. 180.

4) Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 293.

halten eine Milderung der von ihnen im Einzelfall als ungerecht empfundenen Belastung des Schuldners nur durch gesetzgeberische Maßnahmen für möglich. Dabei soll durchaus der Grundsatz beibehalten werden, daß der Schuldner keinen echten Anspruch auf die Mitwirkung des Schuldners haben soll; ein Verstoß des Berechtigten, der sich als ein Vertrauensbruch gegenüber dem Schuldner darstellt¹⁾, oder eine Überschreitung der dem Recht des Gläubigers innewohnenden Beschränkungen²⁾ soll ein Rücktrittsrecht oder auch Schadensersatzansprüche des Leistungspflichtigen auslösen können.

Neuere Ansichten glauben einer übermäßigen Belastung des Schuldners durch die schuldhafte Nichtannahme des Berechtigten bereits ohne Gesetzesänderung entgegenzutreten zu können. So wird unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht des Schuldners bejaht; dessen Rechtsgrundlage soll der Grundsatz von Treu und Glauben § 242 BGB bilden³⁾. Eine weitergehende Auffassung will Fälle wie die oben angeführten Beispiele über das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung⁴⁾ lösen. Soweit in der Lehre diese Möglichkeit aufgezeigt wird⁵⁾, vermißt man eine Klarstellung, welches der Ansatzpunkt

1) Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 134 Text des dort in § 17 enthaltenen Gesetzesvorschlages: "Liegt im Verzug des Gläubigers ein schwerer Vertrauensbruch, so kann der Schuldner vom Vertrage zurücktreten."

Nach Enneccerus-Lehmann § 57 II 4 S. 246 ein erwägenswerter Vorschlag.

2) Palandt-Danckelmann Einl. 1c) vor § 241, Einf. vor § 293.

3) so insbes. RGRK-Nastelski § 304 Anm. 2: "... bei willkürlicher Ablehnung, obwohl der Gläubiger weiß, daß er damit dem Schuldner erhebliche Schwierigkeiten bereitet"; vgl. auch Rehbein Bd. 2 S. 136.

4) vgl. zum Wesen der positiven Forderungsverletzung: Staub, Die positiven Vertragsverletzungen.

5) Esser § 76 6d) S. 329;

Larenz I § 24 I S. 290 scheint eine Anwendung des Gedankens der positiven Forderungsverletzung nur dann für

dieser Haftung des Gläubigers ist. Es bleibt offen, ob der bloße Obliegenheitsverstoß die Haftung auslöst oder ob die Nichtannahme erst unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der dem Gläubiger bezüglich des Schuldnervermögens obliegenden Erhaltungs- und Rücksichtspflichten als Forderungsverletzung zu werten ist. Der Bundesgerichtshof hat sich mit diesem Problem anlässlich einer Obliegenheitsverletzung im Werkvertragsrecht auseinandergesetzt. Unter Übernahme der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 642 BGB¹⁾ bejaht er eine Haftung des Werkbestellers aus positiver Forderungsverletzung, wenn dieser schuldhaft die für die Anfertigung des Werkes notwendige Mitwirkung unterläßt. Das Reichsgericht sprach noch mißverständlich von der Verletzung einer Verbindlichkeit des Bestellers. Der Bundesgerichtshof kennzeichnet dagegen die Unterlassung des Bestellers richtig als eine bloße Obliegenheitsverletzung. Trotz dieser Klarstellung bestätigt der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts; nach seiner Auffassung füllt bereits die Obliegenheitsverletzung den Haftungsgrund der positiven Forderungsverletzung aus:

" Zur Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit gehört alles, was aus den Verträge von dem Vertragsschuldner verlangt werden kann (RGZ 160,310,314). ... In diesem weiten Sinn umfaßt die Verbindlichkeit nicht nur alle Haupt- und Nebenpflichten, ... sondern auch die sogenannten reinen "Gläubigerobliegenheiten", zu denen zum Beispiel beim Werkvertrag die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlungen des Gläubigers (§ 642 BGB) zu zählen sind; derartige Handlungen sind "Sache des Gläubigers", ohne daß jedoch insoweit eine echte "Verpflichtung" entsteht. ... Jede schuldhafte Leistungsstörung, die durch eine Verletzung dieser im weitesten Sinne aufzufassenden "Vertragspflichten" den Vertragsgegner schädigt, begründet eine Verpflichtung

zulässig zu halten, wenn sich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung konstruieren läßt: "Darüber hinaus kann die Mitwirkung im einzelnen Fall nach dem Inhalt des Vertrages oder nach Treu und Glauben eine Rechtspflicht darstellen, deren Verletzung als positive Vertragsverletzung zu beurteilen ist."

1) RG Urteil vom 27. 1. 1922 Amtl. Sammlung Bd. 104,15 (16); RG Urteil vom 4. 9. 1936 Bd. 152,119 (122).

zum Schadensersatz."¹⁾

" ... § 642 BGB, welche Vorschrift nur die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges beim Unterbleiben der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Gläubigermitwirkung behandelt, während bei einem insoweit vorliegenden Verschulden des Bestellers auch Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung gegeben sein können."²⁾

In dem ihm zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt hat der Bundesgerichtshof dem Unternehmer das Recht zugesprochen, die weitere Abwicklung des Vertrages abzulehnen und statt dessen Ersatz seines Interesses zu verlangen; dieses Recht des Unternehmers setze, wenn die eingetretene Gefährdung des Vertragszweckes die Fortsetzung der getroffenen Abmachungen als unzumutbar erscheinen lasse, "in der Regel" keine vorangegangene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung voraus³⁾.

1) BGH Urteil vom 13. 11. 1953 Amtl. Sammlung Bd. 11,80 (83); best. durch Urteil des BGH vom 25. 3. 1958 MDR 1958,423.

2) BGH aaO S. 89;

zust.: Erman-Groepper § 276 Anm. 7b); Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6c), siehe jedoch die Einf. vor § 293; Staudinger-Werner, Vor § 275 Anm. 56, siehe aber auch § 304 Anm. 3; Esser § 79 2 zu c) S. 343;

Siebert-Reimer Schmidt, Vor § 275 Anm. 38 und 40 wendet sich gegen die allgemein gehaltene Behauptung des Bundesgerichtshofes, daß die Mitwirkungsobliegenheiten Schuldnerpflichten sind, deren Verletzung entsprechend den Regeln der positiven Forderungsverletzung zu ahnden ist.

3) BGH aaO S. 86;

Für das Werkvertragsrecht scheint der Bundesgerichtshof in einer späteren Entscheidung (Urteil vom 15. 11. 1962 BB 1963,160 und Der Betrieb 1963,198) einen strengeren Standpunkt einzunehmen: Das Recht des Schuldners, sich wegen der Verletzung einer Gläubigerobliegenheit im Sinne des § 642 BGB von dem Vertrage abzuwenden und Schadensersatz zu begehren, sei durch § 643 BGB abschließend geregelt; ein Rückgriff auf die Rechtsfolgen einer positiven Vertragsverletzung sei insoweit nicht möglich. - Diese Entscheidung läßt aber den früher aufgestellten Grundsatz, der Gläubiger hafte für einen Obliegenheitsverstoß nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung, unberührt: Sie bestätigt ihn sogar, verneint aber seine Anwendbarkeit lediglich dann, wenn Sonderregeln wie die §§ 642, 643 BGB bestehen.

4. Die Verneinung einer schuldrechtlichen Mitwirkungspflicht des Gläubigers kann die Rechtsstellung des Schuldners erheblich beeinträchtigen. Diese Belastung wird dann als ungerecht empfunden werden, wenn der Berechtigte schuldhaft versäumt, in dem erforderlichen Maße zu der Abwicklung des Schuldverhältnisses beizutragen. Die als Obliegenheit anerkannte Pflichtigkeit des Anspruchsinhabers könnte wegen des Fehlens einer entsprechenden Rechtsposition des Schuldners zu schwach sein, um eine Benachteiligung des Leistungswilligen ausschalten zu können.

Die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes begünstigt durch die Ahndung der Obliegenheitsverletzung als positive Forderungsverletzung den Schuldner. Sie schafft eine der Obliegenheit des Gläubigers entsprechende Rechtsposition des Schuldners. Die Motive dieses Versuches leuchten ein. Der Schuldner ist, wenn seine Erfüllung von einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers abhängig ist, die über die bloße Entgegennahme der Leistung hinausgeht, bezüglich des Zeitpunktes der Abwicklung des Schuldverhältnisses der Willkür des Anspruchsberechtigten ausgeliefert; bei derartigen "vorbereitenden Mitwirkungshandlungen" kann die Hinterlegungsfolge des Gläubigerverzuges nicht eingreifen. - Sogar bei bestehender Hinterlegungsmöglichkeit sind als Folge der Nichtannahme Schädigungen des Schuldners zu besorgen. Jener kann nämlich innerhalb des unvermeidbaren Zeitraumes, der zwischen dem Angebot und der mit befreiender Wirkung erfolgenden Hinterlegung liegt¹⁾, oder sogar noch nachher²⁾ Einbußen erleiden, welche durch die Rechtsfolgen des eingetretenen Gläubigerverzuges nicht oder nur zu einem Teil ausgeglichen werden.

1) vgl. oben den Fall des OGH Köln: S. 206 f.

2) vgl. das Beispiel Leonhard's: oben S. 206.

Der Bundesgerichtshof hat einen möglichen Weg aufgezeigt, um den Schuldner gegen diese Gefahren zu schützen. Fraglich ist aber, ob diese Rechtsprechung mit der Entscheidung des Gesetzgebers, den Gläubiger treffe regelmäßig keine schuldrechtliche Annahmepflicht, zu vereinbaren ist.

Das Gesetz bezieht ausdrücklich keine Stellung dazu, ob eine Pflichtigkeit minderere Art des Gläubigers anzuerkennen ist, bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses mitzuwirken; demgemäß kann es auch keine Rechtsfolgen für einen Verstoß des Gläubigers gegen eine ihm obliegende Rechtspflicht minderere Intensität vorgesehen haben¹⁾.

Der herrschenden Meinung, die von einer Obliegenheit des Rechtsinhabers gegenüber dem Leistungspflichtigen spricht, scheint Danckelmann widersprechen zu wollen. Nach seiner Ansicht besteht keine Pflichtigkeit gegenüber der Person des Schuldners, sondern sie wohnt dem Recht als solchem inne, sie begrenzt den Rechtsinhalt²⁾. - Diese Verneinung jeder Art von Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner könnte gegen eine Anwendung der Regeln der positiven Forderungsverletzung zur Ahndung eines Obliegenheitsverstoßes sprechen. - Richtig ist, daß die vermeintlich liberale Anschauung, der Gläubiger könne mit seinen Ansprüchen nach Gutdünken verfahren, rechtlich nicht haltbar ist. Die Sozialpflichtig-

1) Die §§ 642, 643 BGB könnten jedoch Ausdruck des Gedankens sein, auch der Gläubiger sei dem Schuldner in gewissem Maße verpflichtet; die einschneidende Entschädigungspflicht, welche diese Vorschriften dem Gläubiger auferlegen, wäre ohne Pflichtigkeit des Anspruchsinhabers, die Interessen seines Schuldners zu wahren, nicht recht verständlich.

2) Palandt-Danckelmann, Einl. 1c) vor § 241, Einf. vor § 293; ähnlich scheint die Einstellung von Stoll zu sein, der von einer "Obliegenheit des eigenen Interesses" spricht: Vertrag und Unrecht, 2. Halbband, S. 180.

keit des Eigentums, wie sie in Art. 14 Abs. 2 GG normiert und zumindest über § 242 BGB auch zivilrechtlich bedeutsam ist¹⁾, gilt auch für Forderungsrechte²⁾. In diesem Sinne wohnt dem Gläubigerrecht bereits eine Beschränkung inne, wie Danckelmann zu Recht nachweist. Jener übersieht aber ein weiteres Moment: Die Pflichten des Gläubigers einer Forderung können allein durch die anzuerkennende Sozialpflichtigkeit nicht hinreichend abgegrenzt werden. Der Begriff der Sozialgebundenheit des Eigentums kennzeichnet einen Anspruch der Allgemeinheit; dieser ist seinem Wesen nach öffentlich-rechtlicher Art. Nach bürgerlichem Recht obliegen dem Gläubiger einer Forderung weitergehendere Pflichten. Denn anders als beim Eigentum wird durch die Verwaltung der Forderung oft die Rechtsposition einer konkreten Person, nämlich des Schuldners, mitbeeinflusst. Besteht zwischen Eigentümer und Umwelt in Bezug auf die Nutzung des Eigentumsrechts nur eine gelockerte Beziehung³⁾, muß der Gläubiger einer Forderung dagegen bei seinen Verwaltungsmaßnahmen das konkrete Band beachten, das bereits zu dem Schuldner wegen seiner oft unmittelbaren Mitbetroffenheit besteht. Wenn das Gesetz diesen Pflichten auch die Anerkennung als einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit versagt hat, muß man doch entgegen Danckelmann den Gläubiger als pflichtig gegenüber der Person des Leistungspflichtigen ansehen. Dem Gläubiger "obliegt"

1) Siebert-Baur, Vor § 903 Anm. 18, § 903 Anm. 13 ff; Staudinger-Seufert, Vor § 903 Anm. 17 3. Absatz, § 903 Anm. 23; BGH Urteil vom 10. 4. 1953 LM § 903 Nr. 1.

2) Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2 S. 331 (352 f); BGH Urteil vom 10. 6. 1952 Amtl. Sammlung Bd. 6, 270 (278).

3) Vgl. aber beispielsweise die im Ergebnis ablehnende Darstellung der Versuche, das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis" als gesetzliches Schuldverhältnis anzusehen, bei: Staudinger-Seufert § 906 Anm. 1 c).

es daher dem Schuldner gegenüber, bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses mitzuwirken.

Das Gesetz erkennt dem Schuldner zwar kein der Obliegenheit des Gläubigers entsprechendes Forderungsrecht zu. Es sucht aber den Leistungspflichtigen durch Sanktionen gegen eine Obliegenheitsverletzung zu schützen. In diesen Zusammenhang gehören in erster Linie die Gläubigerverzugsvorschriften. Weitere Sanktionen sieht das Gesetz nicht vor. Der Rückgriff des Bundesgerichtshofes auf das Institut der positiven Forderungsverletzung wäre daher nur zulässig, wenn die Bestimmungen über die Wirkungen des eingetretenen Gläubigerverzuges nicht als abschließende Regelung der Sanktionen gegen eine Obliegenheitsverletzung des Anspruchsinhabers angesehen werden müßten. Eine solche Ausschlußwirkung erkennt Reimer Schmidt den Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges offenbar zu, wenn er jeden Schadensersatzanspruch des Schuldners auf Grund der Obliegenheitsverletzung des Gläubigers verneint¹⁾. Die Verbindungslinie, die er von den Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges zur Gefährdungshaftung ziehen will²⁾, würde jedoch nicht schlüssig dagegen sprechen, stärkere Folgen an die verschuldete Obliegenheitsverletzung zu knüpfen.

Die Prüfung, ob mit den Gläubigerverzugsvorschriften die Sanktionen der Obliegenheitsverletzung abschließend geregelt sind, wird folgendes zu beachten haben: Das deutsche Recht des Gläubigerverzuges normiert keine Haftung, sondern nimmt angesichts der mißlichen Lage des Schuldners nach vergeblichem Angebot der Leistung eine Abwägung der entgegenlaufenden Interessen von Gläubiger und

1) Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 150; siehe jedoch Siebert-Reimer Schmidt, Vor § 275 Anm. 38 und 40, wo eingeräumt wird, die Entscheidung des Bundesgerichtshofes könnte für gewisse Ausnahmefälle zutreffen.

2) Reimer Schmidt, aaO, S. 150, 151.

Schuldner vor¹⁾. Dieser Charakter der §§ 293 ff BGB spricht dagegen, daß im Gesetz damit eine abschließende Wertung auch bezüglich der Folgen der schuldhaften Obliegenheitsverletzung vorgenommen werden sollte. Die erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zu § 642 BGB haben sich ausdrücklich nicht zu diesem Problem geäußert; im Ergebnis sprechen sie aber den gesetzlich vorgesehenen Folgen des Gläubigerverzuges den Charakter einer abschließenden Regelung auch bezüglich des schuldhaften Obliegenheitsverstoßes ab²⁾. Das Gesetz läßt dagegen in einer Reihe von Vorschriften anklingen, daß die Interessen des Schuldners an einer Mitwirkung des Gläubigers auch dann schutzwürdig sind, wenn die typischen Gläubigerverzugsfolgen auf Grund der besonderen Gestaltung des Einzelfalles versagen. So hat das Gesetz besondere Folgen an den Tatbestand des Gläubigerverzuges geknüpft, wenn der Besteller eines Werkes, wenn der Dienstberechtigte in Verzug gerät (§§ 615 S. 1, 642, 643 BGB). Diese Vorschriften regeln zwar den objektiven Tatbestand der Obliegenheitsverletzung; aber sie deuten daraufhin, daß der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, den Schuldner durch die Verneinung einer schuldrechtlichen Mitwirkungspflicht des Gläubigers zu belasten. Soweit im Einzelfall durch eine sogar schuldhafte Verletzung der Gläubigerobliegenheit dennoch eine solche Beeinträchtigung der Lage des Schuldners eintritt, weist das Gesetz eine Lücke auf. Diese darf durch Rückgriff auf die Regeln der positiven Forderungsverletzung geschlossen werden. Das Gesetz, das offenbar bemüht war, Belastungen des erfüllungswilligen Schuldners zu vermeiden; hat durch die Regelung der Gläubigerverzugsfolgen nicht auch gleichzeitig den Tatbestand der schuldhaften Ob-

1) vgl. Heck, Schuldrecht, § 37 1. S. 111.

2) vgl. oben S. 209 Anm. 1 u. S. 210 Anm. 1; einschränkend aber BGH Urteil vom 15. 11. 1962 BB 1963, 160 u. Der Betrieb 1963, 198.

liegenheitsverletzung abschließend regeln wollen: Die fehlende Erwähnung einer echten Haftung des Gläubigers darf nicht dazu führen, eine solche Verantwortlichkeit schlechterdings zu leugnen.

Scheint auch eine Haftung des Gläubigers für Obliegenheitsverstöße denkbar, könnten dennoch Bedenken gegen die allgemeine Aussage des Bundesgerichtshofes bestehen, jede schuldhaft Verletzung der Gläubigerpflichten im weitesten Sinne sei nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung zu beurteilen. Eine Überprüfung dieses weitgehenden Satzes muß sich auf zweierlei erstrecken: Einmal fragt es sich, ob jede Obliegenheitsverletzung den Haftungsgrund der positiven Forderungsverletzung ausfüllt; der zweite Problemkreis verlangt eine Beschäftigung mit der Art der Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung, die in einer Obliegenheitsverletzung unter Umständen liegen kann.

Wenn man den Kreis der Obliegenheitsverletzungen bestimmen will, die den Tatbestand der positiven Forderungsverletzung erfüllen können, muß vorweg eines anerkannt werden: Im Regelfall genügen die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges dem Schutzbedürfnis des Schuldners auch dann, wenn der Berechtigte schuldhaft keinen Gebrauch von seinem Gläubigerrecht gemacht hat. Die weitgehende Risikoverlagerung auf den Gläubiger, das Hinterlegungsrecht des Schuldners sind im allgemeinen geeignet, den Schuldner vor jeder besonderen Belastung zu bewahren. Der Ausnahmecharakter der oben¹⁾ angeführten Beispiele verdeutlicht, daß nur bei besonderer Gestaltung des jeweiligen Einzelfalles ein Bedürfnis des Schuldners anzuerkennen ist, Schadensersatzansprüche und Rücktrittsrechte geltend machen zu können. Das gilt insbesondere für zwei Fallgruppen:

1. Inhalt der Vertragspflicht des Schuldners ist die zeitweilige Überlassung eines Gegenstandes. Hier versagt

1) S.206 f.

die Kette der §§ 300 Abs. 2, 324 Abs. 2 BGB, wenn der Gegenstand, verursacht durch die Nichtannahme des Gläubigers, beschädigt oder zerstört wird. Der bei einem gegenseitigen Vertrag fortbestehende Anspruch auf die Gegenleistung deckt regelmäßig nicht den Substanzwert der Sache. Der Gefährdung seines Vermögens kann der Schuldner selbst durch eine Hinterlegung des Leistungsgegenstandes nicht wirksam begegnen.

2. Es bedarf einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers, die über die bloße Entgegennahme der Erfüllung hinausgeht und ohne die der Schuldner seine Leistung nicht zu erbringen vermag. Im Werkvertragsrecht hat man versucht, der sich daraus für den Schuldner ergebenden Lage durch die §§ 642, 643, 645 Abs. 1 Satz 2 BGB Rechnung zu tragen. Abgesehen davon, daß dieser Tatbestand auch bei anderen Vertragstypen auftreten kann¹⁾, reichen auch die ergänzenden Folgen des Gläubigerverzuges im Werkvertragsrecht nicht aus, um dem Schuldner Schutz vor jeder Schädigung durch das Unterlassen des Gläubigers zu gewähren. Auch hier kann dem Schuldner ein nicht durch die Entschädigung nach § 642 BGB²⁾ gedeckter Schaden entstehen. Die Begrenzung der Entschädigung nach § 642 BGB auf den Höchstsatz der vereinbarten Vergütung läßt Folgen der Obliegenheitsverletzung des Gläubigers ungesühnt, die zu einem über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden des Unternehmers führen³⁾.

Abgesehen von diesen Fallgruppen, bei denen das Fehlen einer Schadensersatzverpflichtung des Gläubigers besonders in die Stellung des leistungswilligen Schuldners eingreifen würde, beweist das Beispiel des Währungs-

1) Für den Fall des Kaufvertrages vergleiche die allgemeinen Erörterungen zu diesem Problem in RG Urteil vom 22.12.1903 Amt. Sammlung Bd. 56, 173 (176 ff.).

2) Siebert - Erdsiek-Mühl § 642 Anm. 3 bezeichnet den Entschädigungsanspruch als einen wirklichen Schadensersatzanspruch.

3) So Esser § 79 2. zu a) S. 343; zu den Voraussetzungen eines Ersatzanspruches auf das "übererfüllungsmäßige Interesse" bei der Haftung aus positiver Forderungsverletzung: Fikentscher § 47 III S. 219 ff.

reformfalles¹⁾, wie sehr sich auch eine Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse nachteilig zu Lasten des Schuldners auswirken kann, wenn sie zwischen dem Angebot der Leistung und der Hinterlegung eintritt.

Ein Bedürfnis für eine echte Haftung des Gläubigers im Falle der schuldhaften Obliegenheitsverletzung besteht also nur ausnahmsweise. Der allgemeine Satz des Bundesgerichtshofes, jede Verletzung von Gläubigerobliegenheiten löse die Haftung des pflichtwidrig handelnden Berechtigten aus positiver Forderungsverletzung aus, kann daher in dieser weiten Fassung keinen Bestand haben. Zu dem Verstoß gegen die Gläubigerobliegenheit muß noch ein Kriterium hinzutreten, damit in ihr eine Vertragsverletzung gesehen werden kann: Durch die Nichtannahme oder Nichtmitwirkung muß der Gläubiger konkrete Vermögensinteressen des Schuldners gefährdet haben. Er muß gegen seine Nebenpflicht verstoßen haben, bei dem Umgang mit seiner Forderung darauf zu achten, daß dem Schuldnervermögen kein Schaden zugefügt wird. Der Gläubiger verstößt gegen seine allgemeine Rücksichts- und Erhaltungspflicht im Hinblick auf das Schuldnervermögen, wenn er durch die Ablehnung seiner Mitwirkung bei der Erfüllung eine besondere Gefährdung schafft. Nur in diesen Fällen erstarkt die Obliegenheit zu einer Pflicht, deren Verletzung seine Haftung nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung auslöst.

Ist deren Anwendung auf Fälle der Verletzung von Gläubigerobliegenheiten also nur beschränkt möglich, so ergeben sich auch bezüglich der Rechtsfolgen einengende Grundsätze. Denn diesen Anwendungsfällen ist eines gemeinsam: Gedanklich nähern sie sich dem Fall, daß der Gläubiger in Schuldnerverzug gerät. Die Rechtsfolgen der Haftung aus positiver Forderungsverletzung wegen

1) vgl. oben S. 206 f.

der Verletzung einer Gläubigerobliegenheit müssen daher in Analogie zu den Wirkungen des Schuldnerverzuges ermittelt werden. Ein allgemeines Recht des Schuldners, sich auf Grund der beachtlichen Obliegenheitsverletzung vom Vertrage abzuwenden, kann aus diesem Grunde nicht anerkannt werden. Träfe den Gläubiger nämlich eine echte schuldrechtliche Mitwirkungspflicht, würden sich die Rechtsfolgen ihrer Verletzung unmittelbar nach Verzugsregeln richten; da bei der Obliegenheit nur eine Pflichtigkeit minderer Art des Gläubigers besteht, kann man deren Verletzungsfolgen nicht stärker ausgestalten, als wenn eine schuldrechtliche Pflicht bestanden hätte. Grundsätzlich richten sich daher die Wirkungen des als positive Forderungsverletzung zu wertenden Obliegenheitsverstoßes nach den §§ 286, 326 BGB in analoger Anwendung. Hauptfolge ist der Anspruch des Schuldners auf Ersatz des ihm durch die Verzögerung der Mitwirkung entstandenen Schadens. Dessen Recht, unter Ablehnung der weiteren Vertragsabwicklung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ist an enge Voraussetzungen gebunden. Da die Gläubigerobliegenheit nie Hauptleistungspflicht sein kann, ist eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entsprechend § 326 I BGB grundsätzlich nicht möglich. Dieser Grundsatz erleidet in Fortentwicklung des § 643 BGB eine Einschränkung, wenn der Obliegenheitsverstoß des Gläubigers sich dahin auswirkt, daß der Schuldner bezüglich des Abwicklungszeitpunktes des Schuldverhältnisses der Willkür des Gläubigers ausgeliefert ist: Bleibt eine sogenannte "vorbereitende Mitwirkungshandlung"¹⁾ des Gläubigers aus, kann der Schuldner nach vergeblicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren²⁾. Im übrigen kann ein Recht des Schuldners,

1) vgl. die zweite Fallgruppe oben S. 217.

2) vgl. die zitierte Entscheidung BGH 11,80(86), die nur eine Ausnahme von der grundsätzlichen Notwendigkeit der Fristsetzung macht, da auch diese dem Schuldner bei der konkreten Sachlage nicht zuzumuten war.

sich von der weiteren Abwicklung des Schuldverhältnisses loszusagen, nur in entsprechender Anwendung der Voraussetzungen des § 286 Abs. 2 BGB bestehen. Nur bei einer hartnäckigen Weigerung des Gläubigers oder bei eigenem Interessenwegfall kann sich der Schuldner wegen einer Obliegenheitsverletzung des Anspruchsberechtigten vom Vertrage abwenden. Ein solcher Interessenwegfall ist auch dann gegeben, wenn dem Schuldner bei Berücksichtigung der Interessen beider Parteien objektiv ein Festhalten am Vertrage nicht zugemutet werden kann (Fall des Vertrauensbruches).

Zwar erscheint es gerechtfertigt, auch bei der Verletzung von Gläubigerobliegenheiten dem Schuldner einen Anspruch aus positiver Forderungsverletzung zu geben; dies aber entgegen der zu großzügigen Einstellung des Bundesgerichtshofes nur, wenn die Verletzung trotz der zugunsten des Schuldners eingetretenen Rechtsfolgen des Annahmeverzuges noch zu einer konkreten Gefährdung der Lage des Schuldners führt. Die Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung erschöpfen sich dann regelmäßig in einem Schadensersatzanspruch; nur unter den aufgezeigten strengen Voraussetzungen erscheint eine Abkehr des Schuldners vom Vertrage möglich.

D r i t t e r H a u p t t e i l

DIE GRUNDGEDANKEN DER VERZUGSREGELUNGEN DES DEUT- SCHEN UND DES FRANZÖSISCHEN RECHTS. DIE BEHANDLUNG DER NICHT ZU VERTRETENDEN VERZÖGERUNG AUSSERHALB DES VERZUGSRECHTS

A. Der Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung des Verzugsrechts

I. Das französische Recht

Die bisher erarbeiteten Ergebnisse zeigen, daß die "demeure" des französischen Rechts nur in einer Erscheinungsform denkbar ist. Sie ist das von dem Beeinträchtigten gerügte, schuldhaftes Zögern des Verpflichteten, die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen. In diesem Sinne können beide Partner eines Schuldverhältnisses in Verzug geraten: der Gläubiger, wenn er seiner Mitwirkungspflicht, der Schuldner, wenn er seiner Leistungspflicht nicht zur gebotenen Zeit nachkommt. Gleichgültig, welche Partei die Ursache für die nicht rechtzeitige Abwicklung des Schuldverhältnisses setzt, sanktioniert die "demeure" eine Leistungsstörung. Voraussetzung des Verzugeintritts ist daher die Vorwerfbarkeit der Verzögerung. So ahndet auch die "demeure du créancier" einen Pflichtverstoß des Berechtigten; das Verschulden des Gläubigers liegt in einer Verletzung der dem Schuldner zustehenden Rechte, nicht etwa bloß in einem Verstoß gegen eigene Interessen¹⁾.

Der Gläubigerverzug ist nach dem Code civil nur eine Variante des Schuldnerverzuges; soweit das Gesetz seine Voraussetzungen und Wirkungen nur unzureichend ausgestaltet hat, können daher Lehre und Rechtsprechung zu

1) Auch bei der Behandlung der Nichtannahme als Obliegenheitsverletzung ist ein eigenständiges Gläubigerverzugsrecht denkbar, das ein Verschulden des Gläubigers voraussetzt: vgl. dazu Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, Iher. Jahrb. 43, 141 (203 f).

ihrer Feststellung auf die Vorschriften über den Schuldnerverzug zurückgreifen¹⁾.

II. Das deutsche Recht

Anders als der Code civil kennt das Bürgerliche Gesetzbuch keine grundsätzliche Wesensgleichheit von Gläubiger- und Schuldnerverzug. Im deutschen Recht tritt der Verzug in zwei voneinander verschiedenen Erscheinungsformen auf.

a) Der Schuldnerverzug §§ 284 ff BGB

Der Schuldnerverzug ist im deutschen Recht ähnlich wie die "demeure" ausgestaltet; sein Anknüpfungspunkt ist ebenfalls die vorwerfbare Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Anders als die Art. 1139, 1146 C. civ. gilt aber gemäß § 284 BGB der Satz "dies interpellat pro homine". Wichtige Unterschiede sind auch in den Verzugsfolgen festzustellen. Während der gesetzliche Zinssatz des Art. 1153 C. civ. den zu erstattenden Verspätungsschaden grundsätzlich nach unten und nach oben hin begrenzt, enthält § 288 BGB nur eine Festsetzung des Mindestschadens. Ferner kann sich nach französischem Recht der Gläubiger des im Verzuge befindlichen Schuldners teilweise eher vom Vertrage lösen, da der Code civil in Art. 1184 C. civ. nicht ähnlich strenge Voraussetzungen aufstellt, wie das Bürgerliche Gesetzbuch es in den §§ 286 Abs. 2, 326 tut²⁾.

Der Anwendungsbereich der "demeure" geht über den des Schuldnerverzuges insofern hinaus, als das französische Recht in der für die Abwicklung des Schuldverhältnisses notwendigen Mitwirkung des Gläubigers eine diesem obliegende schuldrechtliche Verpflichtung sieht:

1) vgl. oben S. 196 - 198.

2) dazu oben die S. 119 - 121.

Ist nach deutschem Recht bei einer schuldhaften Annahmeverweigerung des Gläubigers nur in Ausnahmefällen der Eintritt des Schuldnerverzuges denkbar, gerät der Anspruchsinhaber nach französischem Recht regelmäßig wie ein Schuldner in Verzug. Die moderne Rechtsprechung und Lehre in Deutschland versucht dort, wo der Schuldner infolge der generellen Ablehnung einer Mitwirkungsverbindlichkeit des Gläubigers über Gebühr belastet wird, durch Anwendung der Gedanken der positiven Forderungsverletzung zu helfen¹⁾.

b) Der Gläubigerverzug §§ 293 ff BGB

Der Regelung des Gläubigerverzuges im Bürgerlichen Gesetzbuch liegt ein der "demeure" fremder Anknüpfungspunkt zugrunde. Nach den §§ 293 ff BGB tritt der Verzug des Gläubigers ein, wenn trotz Bekundung der Erfüllungsbereitschaft durch den Schuldner in der durch Gesetz oder Vertrag vorgeschriebenen Form dennoch die notwendige Mitwirkung seitens des Anspruchsberechtigten objektiv ausbleibt²⁾. Der Gläubigerverzug des deutschen Rechts gleicht die widerstreitenden Interessen aus, die sich durch die Nichtabwicklung des Schuldverhältnisses zu dem vorgesehenen Zeitpunkt ergeben. Dieses Rechtsinstitut regelt die Verantwortlichkeiten von Gläubiger und Schuldner teilweise neu, nachdem der Erfüllungsversuch des Leistungspflichtigen wegen der ausbleibenden Mitwirkung des Berechtigten gescheitert ist; die §§ 293 ff BGB könnte man daher als eine gesetzliche Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben bezeichnen³⁾.

1) vgl. oben S. 208 ff.

2) Eine Ausnahme von dieser Regel bildet nur § 299 BGB.

3) Siebert-Reimer Schmidt, Vorb. 1 vor § 293: Der Gläubigerverzug als Anwendungsfall des "venire contra factum proprium".

Anders als bei den beiden Varianten der "demeure" unterscheiden sich Leistungs- und Annahmeverzug im deutschen Recht also nicht nur dadurch, daß der eine auf der Schuldner-, der andere auf der Gläubigerseite auftritt. Angesichts der dargestellten Verschiedenheit in den Ausgangspunkten ist daher die gesetzliche Bezeichnung beider Institute im deutschen Recht als "Verzug" irreführend.

B. Die Behandlung des objektiven Tatbestandes der Leistungs- oder Annahmeverzögerung

Diese Ausgangspunkte der Verzugsregelungen des deutschen und französischen Rechts machen deutlich, daß ein Teil der Verzögerungstatbestände von diesem Rechtsinstitut nicht erfaßt werden. Liegt eine objektive Leistungsverzögerung vor, enthalten weder die Art. 1139, 1146, 1153 C. civ. noch die §§ 284 ff BGB eine Aussage über deren Wirkung. Bei einer Verzögerung der Gläubigermitwirkung greifen zwar nach deutschem Recht die §§ 293 ff BGB ein, nach französischem Recht aber liegt auch dann kein Verzugstatbestand vor.

Zum Abschluß dieser Arbeit sollen kurz die Rechtsfolgen der objektiven Verzögerungstatbestände dargestellt werden, soweit sie sich nicht bereits aus den Verzugsvorschriften der §§ 293 ff BGB ergeben. Deren Untersuchung erscheint deshalb bedeutsam, weil die wartende Partei durch die objektive Verzögerung in ihren Interessen in gleichem Maße beeinträchtigt sein kann, wie dies der Fall wäre, wenn die Gegenpartei das eingetretene Hindernis zu vertreten hätte.

I. Das französische Recht

Der "demeure" ist im Gegensatz zum deutschen Recht des Verzuges jede Anknüpfung von Rechtsfolgen an den objektiven Tatbestand der nicht zeitgerechten Abwicklung des Schuldverhältnisses fremd. Die dem Gläubigerverzug der

§§ 293 ff BGB zugrundeliegende Erwägung findet sich im Code civil nicht. Rechtsfolgen, die sich an den objektiven Tatbestand der Leistungs- oder Annahmeverzögerung anschließen, kann man im französischen Recht stets nur außerhalb der "demeure" suchen.

a) Der objektive Tatbestand der Leistungsverzögerung

Ebenso wie der Schuldnerverzug der §§ 284 ff BGB regelt die "demeure du débiteur" nur die Rechtsfolgen der vorwerfbaren Leistungsverzögerung¹⁾. Der teilweise im französischen Recht unternommene Versuch, durch Schaffung einer allgemeinen Verantwortlichkeit des Schuldners für Ereignisse innerhalb seiner Einflußsphäre zu einer Erweiterung der Anwendbarkeit der Regeln der "demeure" auf Fälle der objektiven Leistungsverzögerung zu kommen, hat sich nicht durchgesetzt²⁾.

Im französischen Recht findet sich jedoch eine bedeutungsvolle Tendenz, außerhalb des Bereiches der "demeure" an den objektiven Tatbestand der Leistungsverzögerung Folgerungen zu knüpfen, welche die Beziehungen von Gläubiger und Schuldner auf eine neue Grundlage stellen.

Ein Schuldner, der durch Zufall oder höhere Gewalt an der rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert ist, kann regelmäßig nicht in Verzug geraten, da er seinen objektiv gegebenen Erfüllungsfehler nicht zu vertreten hat. Für diesen Fall ergibt sich nach französischem wie nach deutschem Recht auf den ersten Blick diese Rechtslage: Regelmäßig³⁾ bleibt der Schuldner dann

1) Allerdings kann der Schuldner gemäß § 279 BGB auch unverschuldet in Verzug geraten. Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes "genera non pereunt" im Verzugsrecht vgl.: Für das französische Recht oben S. 60, für das deutsche Recht unten S. 236.

2) vgl. im einzelnen dazu oben S. 60 - 62.

3) Etwas anderes gilt nur, wenn auf Grund des Zeitablaufes oder auch aus anderen Gründen die geschuldete Leistung rechtlich unmöglich geworden ist.

weiterhin zur Erfüllung verpflichtet; sobald das unverschuldete Leistungshindernis fortfällt, wird das Schuldverhältnis abgewickelt. Der Gläubiger hat abgesehen von der Einrede des nichterfüllten Vertrages bei gegenseitigen Verträgen keine Befugnisse auf Grund der objektiv vorliegenden Leistungsverzögerung: Er muß die Leistung zu einem späteren Termin annehmen und dann auch die von ihm geschuldete Gegenleistung erbringen. Ein einseitiges Loskommen vom Vertrage ist grundsätzlich für keine der Parteien möglich.

Diese Behandlung der Rechtsbeziehungen von Gläubiger und Schuldner nach Eintritt eines vorübergehenden Leistungshindernisses hat in der französischen Rechtsprechung jedoch Widerspruch ausgelöst. Bahnbrechend auf diesem Gebiete war insbesondere eine Entscheidung der chambre civile der Cour de Cassation vom 5. Mai 1920¹⁾.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Kläger hatte vor der Ernte von dem Beklagten eine bestimmte Menge Wein gekauft, die aus der zu erwartenden Ernte eines bestimmten Zulieferers des Beklagten stammen sollte. Der Käufer klagte auf die Auflösung des abgeschlossenen Vertrages, weil ihm der Wein erst nach dem vereinbarten Leistungstermin geliefert werden konnte. Die Ursache der eingetretenen Verzögerung lag in der Nichtbelieferung des Verkäufers durch seinen Zulieferer. Jener hatte nämlich neben dem Verkäufer noch einen weiteren Abnehmer, demgegenüber er sich ebenfalls zur Lieferung einer bestimmten Menge Weines verpflichtet hatte. Als die Ernte schließlich unmittelbar bevorstand, stellte sich heraus, daß die Lese äußerst kärglich ausfallen und nicht zur Lieferung der verkauften Mengen ausreichen würde. Der Erzeuger ließ daher einen Sequester für den zu erntenden Wein bestellen und überließ es den beiden Abnehmern, sich über den ihnen zustehenden Anteil an der Ernte auseinanderzusetzen. Zwischen den Abnehmern kam es darüber zu einem Rechtsstreit.

1) abgedruckt in S. 1921.1.298.

Es obsiegte zwar der jetzt beklagte Verkäufer; in der Zwischenzeit war aber der vereinbarte Leistungstermin verstrichen. Der Käufer war zur Entgegennahme der verspäteten Lieferung nur dann bereit, wenn der Verkäufer ihm auf Grund der eingetretenen Verzögerung einen Preisnachlaß einräumte. Da jener dieses Ansinnen aber ablehnte, erhob der Käufer die Auflösungsklage.

Die Kammer hat dem klägerischen Begehren stattgegeben, obwohl sie eingeräumt hat, den Verkäufer treffe an der eingetretenen Verzögerung kein Verschulden. Sie hat die Auflösung auch nicht etwa deshalb ausgesprochen, weil der vereinbarte Leistungstermin derart wesentlich war, daß durch sein Verstreichen die Leistung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage unmöglich geworden wäre. Die Entscheidung hat vielmehr trotz Anerkennung der Tatsache, daß seitens des Verkäufers eine unverschuldete Leistungsverzögerung vorlag, die begehrte Vertragsauflösung verfügt. Die inzwischen anerkannte¹⁾ Anwendbarkeit des Art. 1184 C. civ. auf Fälle unverschuldeter Leistungsverzögerung rechtfertigt die Cour de Cassation mit dem Gedanken der "causa":

"Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties ayant pour cause l'obligation de l'autre, et réciproquement, de sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause, ..."2).

Die Entscheidung beschränkt sich aber nicht darauf, in Fällen unverschuldeter Leistungsverzögerung eine Vertragsauflösung zuzulassen. In ihr klingt als weiteres Recht des Gläubigers an, am Vertrage festzuhalten und

1) Civ. 7. 11. 1893 S. 1896.1.67; Civ. 21. 11. 1962 Bull. civ. 1962 I 424;
so auch: Larombière Art. 1184 Nr. 7; Cassin, Discussion, S. 78 f.

2) Civ. 5. 5. 1920 S. 1921.1.298.

Minderung der seinerseits geschuldeten Gegenleistung zu verlangen¹⁾. Auch Capitant bejaht gewisse Rechte des Gläubigers im Falle des objektiven Ausbleibens der ihm zustehenden Leistung:

"S'il s'agit d'un contrat qui, malgré le retard provoqué par le cas fortuit, conserve son utilité, le créancier de la prestation retardée ne pourra pas en demander la résolution; mais si le retard lui cause un préjudice, s'il diminue la valeur de la prestation qui lui est faite, il pourra exiger une réduction proportionnelle de sa propre obligation."²⁾

Dieses Zitat stellt das Verhältnis der von der Cour de Cassation angedeuteten Möglichkeiten des Gläubigers klar: Grundsätzlich ist das Schuldverhältnis nach Fortfall des zeitweiligen Leistungshindernisses mit seinem bisherigen Inhalt abzuwickeln. Nur wenn die Verzögerung von Einfluß auf den Wert der dem Gläubiger zustehenden Leistung ist, kann der Berechtigte eine entsprechende Minderung der von ihm geschuldeten Gegenleistung verlangen; auch im Falle einer solchen ungünstigen Wertentwicklung bleibt der Gläubiger an den Vertrag gebunden³⁾. Eine vollständige Abkehr vom Vertrage ist der letzte Ausweg und kommt nur dann in Betracht, wenn der Vertragszweck ("l'utilité du contrat") auch nicht mehr teilweise erreicht werden kann.

1) Die Urteilsgründe lassen nämlich die Frage offen, ob der Schuldner die Vertragsauflösung nicht etwa deshalb zu vertreten habe, weil er das Verlangen des Käufers, den als Gegenleistung vereinbarten Preis wegen der eingetretenen Verzögerung zu mindern, zurückgewiesen habe. Da der Kläger nur die Auflösung, nicht aber auch Schadensersatz begehrte, brauchte das Gericht zur Verantwortlichkeit des Schuldners für die ausgesprochene Auflösung nicht abschließend Stellung zu nehmen.

2) Henri Capitant, De la cause des obligations, Nr. 141 S. 309, ähnlich auch Nr. 145 S. 316.

3) Die zitierte Entscheidung der Cour de Cassation (Civ. 5. 5. 1920 S. 1921.1.298) bezieht zumindest keine ablehnende Stellung gegenüber der Staffelung der Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung, wie sie Capitant (vgl. die Vorbem.) für angebracht hält. Der Kassationshof hat nämlich die Auflösung nur mit der Feststellung verbunden ausgesprochen, der Verkäufer habe eine Anpassung des Kaufpreises abgelehnt.

Über diese Einschränkungen hinaus wird das Rücktrittsrecht bei vorübergehendem objektivem Ausbleiben der Erfüllung noch durch das freie Würdigungsrecht des Richters beschnitten, dem gerade bei einem auf eine unverschuldete Leistungsverzögerung gestützten Auflösungsbegehren besondere Bedeutung zukommt. Da die Rechtzeitigkeit der Leistung nur Inhalt einer Nebenpflicht ist, wird der Richter die Auflösung nur aussprechen, wenn Interessen des Gläubigers in erheblichem Maße dadurch gefährdet werden, daß er am Vertrage festgehalten wird¹⁾.

Schlechthin ausgeschlossen sind die aufgezeigten Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers, wenn auf jenen bereits vor Auftreten der Verzögerung die grundsätzlich beim Schuldner liegende Gegenleistungsgefahr übergegangen ist. Ist dem Gläubiger durch Gesetz auferlegt, die Folgen eines zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes zu tragen, beinhaltet diese gesetzliche Pflicht auch die Auflage, die auf einem zufälligen Ereignis beruhende Hinauszögerung der rechtzeitigen Lieferung ohne jeden Ausgleich hinzunehmen²⁾.

Trotz dieser Einschränkungen bleibt festzustellen: Nach französischem Recht kann die im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftretende objektive Leistungsverzögerung Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers auslösen, wenn dessen Lage durch die vorübergehend ausbleibende Erfüllung erheblich verschlechtert worden ist. Im Unterschied zu dem Institut der "demeure du débiteur" sind diese

1) vgl. Capitant, De la cause des obligations, Nr. 141 S. 309;
zu weitgehend dagegen Larombière Art. 1184 Nr. 7.

2) Larombière Art. 1184 Nr. 8; Capitant, De la cause des obligations, Nr. 132 S. 288, Nr. 134 ff S. 291 ff.

Rechtsfolgen nicht Ausfluß einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Schuldners, sondern Ergebnis eines Interessenausgleichs zwischen Gläubiger und Schuldner; dieser Ausgleich lehnt sich an das wirtschaftliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung an, das dem Vertragsschluß zugrundelag und das sich erst durch die eingetretene Verzögerung zuungunsten des Gläubigers verschoben hat.

b) Der objektive Tatbestand der Annahmeverzögerung

Wo nach deutschem Recht schon der Gläubigerverzug eintritt, kann nach französischem Recht noch die Anwendung der "demeure du créancier" ausgeschlossen sein. Bei objektiv ausbleibender Mitwirkung des Gläubigers bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses werden zwar die Leistungspflichten des Schuldners so ausgestaltet, daß der Gläubiger spätestens nach der Nichtannahme des schuldnerischen Erfüllungsangebotes die Gefahr des zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes trägt¹⁾. Diese Entlastung des Schuldners läßt aber nur zu einem geringfügigen Teil die Folgen überflüssig erscheinen, die sich nach deutschem Recht auf Grund der §§ 293 ff BGB an die objektive Verzögerung der Annahme anschließen²⁾.

Weitere dem Schuldner günstige Folgen könnten sich schließlich noch durch eine Übertragung der Grundsätze, die zu der Behandlung der objektiven Leistungsverzögerung entwickelt worden sind, auf die Annahmeverzögerung ermitteln lassen. Sieht man, wie die französische Rechtslehre es tut, in der Annahme eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers, müßte auch auf die Annahmeverzögerung Art. 1184 C. civ. anwendbar sein.

II. Das deutsche Recht. Der objektive Tatbestand der Leistungsverzögerung

"Demeure" und "Schuldnerverzug" messen der eingetretenen Leistungsverzögerung rechtserhebliche Bedeutung zugun-

1) siehe bezüglich der Einzelheiten oben S. 172 - 174.

2) Näheres dazu oben S. 181 f.

sten des Gläubigers nur bei, wenn der Schuldner sich nicht zu entlasten vermag.

Diese Entscheidung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches bedarf einer näheren Überprüfung. Bereits auf dem Gebiete des Gläubigerverzuges hat die vergleichende Gegenüberstellung beider Rechtssysteme ergeben, daß sich dort die Rechtsfolgen teilweise an die bloße Nichtannahme (§§ 293 ff BGB), teilweise erst an das vorwerfbare Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers anschließen. Ein Blick auf das österreichische Recht beweist die Möglichkeit eines Rechtssystems, das auch im Bereich des Schuldnerverzuges schon Rechtsfolgen an die bloße Verzögerung knüpft und diese nur erweitert, wenn dem Schuldner der ihm obliegende Entlastungsbeweis nicht gelingt¹⁾.

Das deutsche Verzugsrecht knüpft nur im Bereich der Annahmeverzögerung an den objektiven Tatbestand an; im Bereich der Verzögerung der geschuldeten Erfüllung treten bei bloß objektivem Vorliegen dieses Tatbestandes grundsätzlich keine besonderen Wirkungen ein: Der Schuldner bleibt zur Leistung verpflichtet, die Gegenleistungspflicht des Gläubigers besteht in dem bisherigen Umfange fort²⁾ mit der einzigen Ausnahme, daß er auch weiterhin nur zur Zug um Zug Leistung verpflichtet ist³⁾.

a) Die fortbestehende Bindung des Gläubigers an die eingegangene Verpflichtung kann für diesen eine erhebliche Belastung bedeuten, wenn sich die Abwicklung des Schuldverhältnisses wegen der Verzögerung, die auf der Schuldnerseite eingetreten ist, während eines längeren oder gar ungewissen Zeitraumes hinauszögert. Bei Vertragsschluß sind die Parteien davon ausgegangen, daß Leistung

1) vgl. die §§ 1333, 1334, 918 ABGB. Zu den Einzelheiten der österreichischen Regelung ausführlich: Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Kommentierung der §§ 1333 f durch Karl Wolff, S. 171 ff, insbesondere S. 177 ff.

2) Larenz I § 22 III S. 276 f; Staudinger-Werner § 275 Anm. 7.

3) RGRK-Wilde § 323 Anm. 2.

und Gegenleistung zueinander in einem bestimmten, meist ausgeglichenem Verhältnis stehen. Verschiebungen in diesem Verhältnis können zwar auch schon bis zu dem Zeitpunkt der vorgesehenen Abwicklung der Rechtsbeziehung von Gläubiger und Schuldner eintreten; soweit diese aber nicht auf unvorhersehbaren außergewöhnlichen Ereignissen beruhen¹⁾, hat jede der Parteien grundsätzlich bei Vertragsschluß das Risiko einer Verschiebung der wirtschaftlichen Relation von Leistung und Gegenleistung in Kauf genommen. Tritt aber zu Lasten des Gläubigers eine solche Änderung während der Verzögerung der schuldnerischen Leistung ein, liegt darin eine Erschwerung, die der Anspruchsberechtigte nicht bei Vertragsschluß als das ihn treffende Risiko einzukalkulieren brauchte.

Die Problematik der Stellung der Partei, die durch die schuldlose Verzögerung der Leistung durch den Verpflichteten beeinträchtigt werden kann, hat die französische Rechtsprechung veranlaßt, dem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf Minderung der von ihm selbst geschuldeten Leistung oder, sogar noch weitergehend, ein Auflösungsrecht zuzubilligen.

Auch im deutschen Recht hat man schon bald nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die Auswirkungen der gesetzlichen Regelung auf die Stellung des Gläubigers erkannt.

Krückmann²⁾ geht von der Erwägung aus, der Gläubiger werde durch die schuldlose Leistungsverzögerung in gleichem Maße belastet wie durch ein zeitweiliges Ausbleiben der Erfüllung, das der Verpflichtete verschuldet habe. Wenn die §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB ein Recht des

1) In solchen Fällen kann der Gedanke eines "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" helfend eingreifen: Vgl. BGH Urteil vom 8. 1. 1958 LM § 242 Bb Nr. 25; BGH Urteil vom 11. 2. 1958 NJW 1958, 785; Esser § 86 2. b dd S. 386: "Zerstörung der vorausgesetzten Äquivalenz der Vertragsleistungen".

2) Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, AcP 101, 1 (239, 249-251).

Gläubigers vorsähen, von der weiteren Abwicklung des Schuldverhältnisses auf Grund eines durch die Verzögerung bedingten Interessenwegfalls Abstand zu nehmen, so gelte diese Rechtsfolge unabhängig davon, ob die Leistungsverzögerung dem Schuldner vorgeworfen werden könne oder nicht; lediglich die Schadensersatzfolge setze das schuldhaftes Zögern des Leistungspflichtigen voraus. Der dem Gläubiger zustehende Kündigungsgrund beruhe auf der "beachtlichen Ungewißheit über die Gegenleistung" und der dadurch bedingten Nichtzumutbarkeit der eigenen Leistung; ein Verschulden der anderen Vertragspartei setze diese Rechtsfolge nicht voraus¹⁾.

Ähnlich beurteilt Eckstein²⁾ die Wirkungen der objektiven Leistungsverzögerung auf das bestehende Vertragsverhältnis. Der Schuldner habe auch für die ihm nicht vorzuwerfende Verzögerung der Erfüllung einzustehen, ebenso wie er für einen Mangel des veräußerten Gegenstandes ohne Rücksicht auf Verschulden verantwortlich sei. Wie bei einem unverschuldeten Mangel ein Wandlungsrecht als Rechtsfolge eintrete, könnte der Gläubiger wegen des objektiven Ausbleibens der Leistung ein Rücktrittsrecht haben. Der Gläubiger habe Anspruch auf die ihm versprochene Leistung. Ihm sei es unter Umständen nicht zuzumuten, sich mit einer verspäteten Erfüllung zufriedengeben. Sein Recht zum Rücktritt bestehe dann, wenn sein Interesse durch die Verzögerung derart beeinträchtigt werde, daß die weitere Abwicklung des Schuldverhältnisses für ihn unzumutbar werde.

Heck³⁾ sieht eine Lösung dieses Problems in der Handhabung des folgenden Grundsatzes: Jeder Partei eines

1) vgl. auch Krückmann, Clausula rebus sic stantibus, AcP 116, 157 (214).

2) Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, ArchBürgR 37, 390 (453 f).

3) Heck, Schuldrecht, § 39 S. 116 f.

Schuldverhältnisses müsse gestattet sein, seine eigenen Interessen wenn auch unter Berücksichtigung der Gegeninteressen zu wahren. Daher kann sich unter Umständen für jede der Parteien bei objektiv auftretendem, vorübergehendem Leistungshindernis ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde ergeben¹⁾).

Die Rechtsprechung und die überwiegende Lehre bieten einen anderen Lösungsweg: So wie man auf der Schuldnerseite die Unzumutbarkeit der Beschaffung des Leistungsgegenstandes als "wirtschaftliche Unmöglichkeit" behandelt²⁾, löst man in gewissen Fällen die Bindung des Gläubigers an den Vertrag, dessen Abwicklungszeitpunkt sich ins Ungewisse hinein verschoben hat, über den Unmöglichkeitsbegriff. Danach steht die zeitweilige Unmöglichkeit der dauernden gleich, "wenn die Erreichung des Vertragszweckes durch sie in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner die Fortsetzung des Vertrages

-
- 1) Auch Esser (Schuldrecht, § 76 Nr. 2 - 4 S. 325 ff) kennzeichnet die Lage des Gläubigers richtig, wenn er feststellt, stets sei es dieser, den die Folgen der von keiner der Parteien zu vertretenden Leistungsstörung träfen: Nehme er selbst schuldlos nicht an, gerate er gleichwohl in Gläubigerverzug; leiste dagegen der Schuldner schuldlos nicht rechtzeitig, müsse der Gläubiger mit all den sich für ihn daraus ergebenden Gefahren auf die Erfüllung warten und bei späterer Leistung des Schuldners die ihm obliegende Gegenleistung in vollem Umfange erbringen.

Der Lösungsweg Esser's, die Voraussetzungen des Eintritts des Gläubigerverzuges zu erschweren, erscheint deshalb unbefriedigend, weil die §§ 293 ff BGB mit ihren bisher geltenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu Recht weitgehend den Gedanken verwirklichen, niemand solle mehr leisten als das, wozu er sich verpflichtet habe.

- 2) Dazu: Fikentscher § 27 II 2 S. 102 f, § 42 IV 1 S. 176; Esser § 34 Nr. 9 a) S. 118.

nicht angesonnen werden kann"¹⁾; ob dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrage zugemutet werden kann, ist nach Treu und Glauben durch Abwägung der Belange beider Vertragsparteien zu ermitteln²⁾.

Weber³⁾ sieht in den Lösungsversuchen Krückmann's und Eckstein's sowie in der Rechtsprechung zur Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit Ansätze, deren Fortentwicklung der Problematik der Stellung des zum Abwarten verurteilten Gläubigers gerecht werden könnte.

b) Gleichgültig, ob eine Verzögerung der Erfüllung von dem Schuldner zu vertreten ist oder nicht, kann dieses Ausbleiben der Leistung eine schwere Schädigung des Gläubigers bewirken. Zur Einführung in das Problem, ob der Gläubiger die Folgen einer nur objektiven Leistungsverzögerung stets allein zu tragen hat, sollen die folgenden Beispielsfälle vorausgeschickt werden:

1. A schenkt dem B Erdreich, das bei der Bebauung seines Grundstückes anfällt. Er verspricht, den Boden am 1.10. auf dem Grundstück des B anzufahren. Die Erfüllung des Schenkungsversprechens verzögert sich, ohne daß A dafür verantwortlich ist. B beschafft sich das benötigte Erdreich von anderer Seite, da er nicht mehr auf die Lieferung des A warten will. Nunmehr muß er 300,- DM für den Boden bezahlen.

1) RG Urteil vom 24. 11. 1922 Amtl. Sammlung Bd. 105, 387 (388); ähnlich schon RG Urteil vom 20. 2. 1917 Bd. 89, 203 (205 ff).

2) RG Urteil vom 12. 5. 1933 Bd. 146, 60 (66); OGH Köln Urteil vom 25. 2. 1949 BB 1949, 217; BGH Urteil vom 23. 6. 1954 MDR 1954, 733 f; Staudinger-Werner § 275 Anm. 9.

3) Staudinger-Weber § 242 Anm. B 448.

2. Der Händler C kauft von D einen bei diesem lagernden Posten technischer Geräte zum Preise von 10.000,- DM. Ohne Verschulden des D verzögert sich die Lieferung der Ware. Während der Dauer der Verzögerung kommt eine Neuentwicklung auf den Markt. Dadurch sinkt der Handelswert der von C gekauften Geräte. C könnte daher bei deren Weiterveräußerung nur noch 8.000,- DM statt vorher 14.000,- DM erlösen.
3. E kauft für seine Fabrik von F eine diesem gehörige, gebrauchte Spezialmaschine zum Preise von 18.000,- DM. Die Lieferung verzögert sich ohne Verschulden des F. Bei Einsatz der Maschinen würde seine Fabrik einen monatlichen Mehrertrag von 3.000,- DM abwerfen. E möchte sich daher von anderer Seite eine ähnliche Maschine besorgen, um nicht vorübergehend auf die erstrebte Gewinnsteigerung verzichten zu müssen.

Bevor man die bei diesen Fällen auftauchenden Fragen zu lösen versucht, sind Umfang und Tragweite des Problems der Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung zu umreißen.

Bei Gattungsschulden taucht dieses Problem in der Regel erst gar nicht auf; wegen § 279 BGB hat der Schuldner dann nämlich die Verzögerung grundsätzlich zu vertreten¹⁾. In Ausnahmefällen ist jedoch auch bei Gattungsschulden eine objektive Leistungsverzögerung denkbar: Denn § 279 BGB findet keine Anwendung, wenn die Verzögerung weder auf fehlender Vorsorge bei der Beschaffung noch auf ungenügenden wirtschaftlichen Mitteln des Schuldners beruht²⁾.

Zu einer weiteren Eingrenzung des Problems könnte die Untersuchung führen, ob zugunsten des Gläubigers Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung schon bei

1) Siebert-R.Schmidt § 285 Anm.1.

2) Fikentscher § 45 II 3 S. 202; Larenz I § 22 I b S. 266 f; RG Urteil vom 12.3.1920 Bd. 99, 1 (2).

Zur Behandlung der Leistungsverzögerung bei der Gattungsschuld im französischen Recht oben Seite 60.

einseitigen Leistungspflichten denkbar sind. Für die Notwendigkeit, diese ebenso wie die gegenseitigen vertraglichen Verbindlichkeiten zu behandeln, könnte der Umstand sprechen, daß auch der Gläubigerverzug einen objektiven Tatbestand mit Rechtsfolgen ausstattet, ohne in seinem Geltungsbereich auf gegenseitige Leistungspflichten beschränkt zu sein.

Gegen eine Gleichbehandlung der einseitigen und der gegenseitigen Leistungspflichten hinsichtlich der Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung sprechen aber die §§ 275, 323 BGB. Zwar kann der Gläubiger durch jede Verzögerung in der Erfüllung einer ihm zustehenden Leistung belastet werden. Grundsätzlich kann er für die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile aber nicht den Schuldner verantwortlich machen. Wie der Gläubiger nach § 275 BGB im Falle der unverschuldeten Unmöglichkeit seine Forderung in vollem Umfange ersatzlos verliert, treffen ihn auch die Folgen einer bloßen Verzögerung der Leistung¹⁾. Etwas anderes könnte angesichts des § 323 BGB für gegenseitige Verträge gelten: Dort verliert der Gläubiger zwar ebenfalls gemäß § 275 BGB seine Forderung; doch wirkt sich diese Einbuße auf den Umfang der von ihm geschuldeten Gegenleistung aus.

Demgegenüber rechtfertigt selbst der Hinweis auf die Regelung des Gläubigerverzuges nicht, auch bei einseitigen Leistungspflichten an die unverschuldete zeitliche Hinauszögerung der Erfüllung Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers zu knüpfen. Die Stellungen von Gläubiger und Schuldner sind nämlich wesensverschieden: Der Gläubiger, der dem Leistungspflichtigen nicht die von ihm erstrebte Erfüllung ermöglicht, würde von dem Schuldner mehr verlangen, als dieser schuldet, wenn die Leistungspflicht des Schuldners auch nach der Nichtannahme in dem bisherigen Umfange fortbestehen würde²⁾. Der Schuldner dagegen,

1) so auch Heck § 39 Nr. 3 S. 117, der sich bei seiner Lösung auf § 323 BGB stützt.

Anders möglicherweise Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitensprozeß, AcP 101, 1 (239).

2) dazu oben S. 164 f, 168 f.

der die fällige Erfüllung schuldlos hinauszögert, zwingt den Gläubiger nur, auf die erwartete Besserung seiner Vermögensposition zu warten¹⁾. Kann ein Recht endgültig oder vorübergehend nicht verwirklicht werden, muß der Gläubiger nach dem aus § 275 BGB abzuleitenden Grundsatz die damit verbundenen Nachteile ersatzlos hinnehmen²⁾.

c) Nachdem also allenfalls bei gegenseitigen Leistungspflichten die objektive Verzögerung der Erfüllung Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers auslösen kann, muß geprüft werden, ob die Lehre, soweit sie für derartige Wirkungen eintritt³⁾, mit ihrer Ansicht nicht im Gegensatz zu einer im Gesetz getroffenen Entscheidung steht.

Eine allgemeine Vorschrift, die dem Gläubiger günstige Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung normiert, fehlt. Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht in § 323 BGB nur Folgen der von keiner der Parteien zu vertretenden Unmöglichkeit vor. Rechtsfolgen für einen gleichgelagerten Fall der Leistungsverzögerung finden sich im Gesetz mit Ausnahme der Sonderbestimmung des § 636 BGB nicht. Daher

-
- 1) Auf eine gewisse Berechtigung einer dem Schuldner günstigen Risikoverteilung weist auch Esser (§ 76 Nr. 3 a) S. 326) hin.
 - 2) Die Richtigkeit des aus § 275 BGB gezogenen Schlusses, bei einseitigen Leistungspflichten löse die unverschuldete Verzögerung keine Rechte des Gläubigers aus, könnte angesichts des ersten Beispielsfalles (oben S. 235 f) zweifelhaft erscheinen. Der Verzögerungstatbestand ist insofern nicht nur ein weniger im Verhältnis zur Unmöglichkeit, als der Berechtigte weiterhin Forderungsinhaber ist, zu einem späteren Zeitpunkt also in Gläubigerverzug mit der Folge des § 304 BGB geraten kann. Um diesen Nachteil zu vermeiden, könnte man erwägen, dem B in dem Erdreich-Fall das Recht zu geben, abweichend von § 397 BGB durch einseitige Erklärung auf seine Forderung zu verzichten. - Soweit B für die Ersatzbeschaffung des Bodens Mehraufwendungen entstanden sind, trifft der aus § 275 BGB gewonnene Gedanke zu; diese Nachteile treffen ihn allein.
 - 3) vgl. oben die S.232-235.

scheinen die gegenseitigen Pflichten unverändert fortbestehen zu sollen: Das Schuldverhältnis wird mit seinem bisherigen Inhalt nur zu einem späteren als dem vorgesehenen Zeitpunkt abgewickelt.

Eine solche Auslegung des Gesetzes könnte aber in Widerspruch zu einem anderen vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Gedanken stehen. In folgerichtiger Fortführung der Idee der inneren Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen könnte man für den Fall der Verzögerung der Erfüllung daran denken, sich diesen Tatbestand unter Umständen auf die Gegenleistung desjenigen auswirken zu lassen, der durch die eingetretene zeitliche Verschiebung der Abwicklung des Schuldverhältnisses belastet wird.

Aus dem Gesetz ergibt sich kein zwingender Anhaltspunkt für einen Ausschluß rechtlicher Wirkungen der im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftretenden objektiven Leistungsverzögerung. Den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nicht zu entnehmen, der Gläubiger solle auch bei Austauschverhältnissen alle sich aus der objektiven Verzögerung der Leistung ergebenden Risiken tragen. Eine derartige, dem Gläubiger nachteilige Verteilung der Vertragsrisiken hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen:

Zwar bleibt auch der Schuldner, dessen Gläubiger sich im Annahmeverzuge befindet, trotz der eintretenden Milderungen seiner Verpflichtung an den Vertrag gebunden; die Pflicht, die geschuldete Leistung weiterhin bereitzuhalten, kann im Einzelfall für den Schuldner trotz der Rechtsfolgen des Annahmeverzuges noch eine erhebliche Belastung bedeuten¹⁾. Selbst wenn man aber diesen Umstand bei der Ermitt-

1) vgl. oben S. 216 f.

Bleibt eine sog. "vorbereitende Mitwirkungshandlung" des Gläubigers aus, könnte man sogar eine entsprechende Anwendung des § 643 BGB erwägen. Siehe dazu aber unten S. 247 f.

lung der Rechte des vergeblich auf die Erfüllung harrenden Gläubigers berücksichtigt, kann der objektiven Leistungsverzögerung nicht jede Wirkung zugunsten des Anspruchsinhabers mit der Begründung abgesprochen werden, auch der anbietende Schuldner habe wegen des Fortbestandes seiner Leistungspflicht Risiken auf sich zu nehmen. Das Gesetz hat nämlich die objektive Nichtannahme mit Folgen ausgestattet, deren Ziel es ist, die sich aus ihr für den Schuldner ergebenden Gefahren abzubauen¹⁾. Derartige Folgen hat das Gesetz im umgekehrten Falle zugunsten des Gläubigers nicht vorgesehen; nach dem Gesetz würde also der wartende Gläubiger ein größeres Risiko als der in gleicher Lage befindliche Schuldner tragen, wenn er aus dem Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung keine Rechte ableiten könnte.

Eine solche Risikoverteilung, die den Gläubiger stärker als den Schuldner belastet, kann nicht mit dem Hinweis auf die Wesensverschiedenheit von Gläubiger- und Schuldnerposition²⁾ gerechtfertigt werden. Diese Erwägung mag zwar als Begründung dafür dienen können, daß der Gläubiger Verzögerungen innerhalb einseitiger Leistungsbeziehungen ohne Ausgleich hinzunehmen hat. Ihn aber auch im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages zum ersatzlosen Abwarten zu verurteilen, würde eine gedankliche Aufsplitterung, eine der Idee des "do ut des" nicht gerecht werdende abstrahierende Betrachtung von Leistung und Gegenleistung bedeuten³⁾. Der Grund der Verpflichtung des Schuldners ist aber das Versprechen einer Gegenleistung durch den Gläubiger und umgekehrt. Tritt eine Störung in der Abwicklung der einen Verpflichtung auf, kann diese Tatsache nicht ohne Einfluß auf die Gegenleistung

1) vgl. jedoch Esser § 76 Nr. 3 und 4 S. 326 f sowie Heck § 37 Nr. 10 S. 113, § 39 Nr. 3 S. 117: Außer dem Fall des § 299 BGB gilt es noch weitere Fälle des Ausbleibens der Gläubigermitwirkung, in denen der Anspruchsinhaber nicht in Verzug gerät. Nach Heck (S. 117) liegt dann ebenso wie in den Fällen der objektiven Leistungsverzögerung eine "Zufallshemmung" vor, für die gleiche Grundsätze zu gelten hätten.

2) dazu siehe oben S. 237 f.

3) dagegen auch: Esser § 76 Nr. 3 S. 326.

bleiben. Die Belastung des Gläubigers durch die Verspätung der ihm zustehenden Leistung liegt nicht so sehr in deren Ausbleiben, sondern in der gleichzeitig eintretenden zeitlichen Erweiterung seiner eigenen Vertragsbindung. Der auf die Erfüllung wartende Gläubiger muß länger als vorgesehen die von ihm versprochene Gegenleistung bereithalten. Die zeitliche Verlängerung seiner Bindung an den Vertrag beschränkt den Gläubiger in seiner Dispositionsfreiheit, sie erhöht das Risiko einer dem Gläubiger ungünstigen Wertverschiebung im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Bei einem gegenseitigen Vertrag befindet sich der wartende Gläubiger oft zumindest in einer ähnlich schwierigen Lage wie der Schuldner, der seine Leistung vergeblich anbietet: Da der Gläubiger nämlich bei ausbleibender Erfüllung die eigenen, durch § 320 BGB gesetzlich geschützten Interessen durch Zurückbehaltung der ihm obliegenden Gegenleistung wahren muß, verlängert sich durch die eingetretene Verzögerung die Dauer der rechtlichen Bindung des Gläubigers; der Schuldner würde daher von dem Gläubiger mehr als dieser schuldet verlangen, wenn die Leistungsverzögerung für ihn immer ohne nachteilige Folgen bliebe.

Diese Belastung des Gläubigers wird auch durch die Möglichkeit, den Schuldner hinsichtlich der Gegenleistung nach den §§ 293, 298 BGB in Annahmeverzug zu setzen, nicht hinreichend abgebaut. Die Wirkungen des Annahmeverzuges stellen auf die Belastung des Leistungspflichtigen ab, die aus dem weiteren Behaltenmüssen der Leistung folgt. Die notwendigen Folgen, die bei auftretender Leistungsverzögerung wegen der inneren Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung angebracht sind, sehen die Wirkungen des Gläubigerverzuges nur zu einem Teil vor. Lediglich § 324 Abs.2 BGB könnte dem Anspruchsinhaber helfen, der auf die ihm zustehende Leistung warten und weiterhin die Gegenleistung bereithalten muß. Diese Bestimmung gewährt jenem aber nur Schutz, wenn während der Dauer der Verzögerung die ihm obliegende Gegenleistung beschädigt oder zerstört wird. Der Gläubiger ist dagegen nicht

gegen Folgen geschützt, die aus seiner Sicht in einer Verschiebung des wirtschaftlichen Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bestehen oder die sich aus der Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit auf Grund der Ungewißheit über das weitere Schicksal des Vertragsverhältnisses ergeben. Ein solches Schutzbedürfnis besteht selbst dann, wenn der Schuldner sich hinsichtlich der ihm zustehenden Gegenleistung im Annahmeverzuge befindet.

d) Widerspricht auch der Versuch, an den Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung dem Gläubiger günstige Rechtsfolgen zu knüpfen, nicht einer im Gesetz getroffenen Regelung, so bedeutet das nicht, daß die Lösungsvorschläge der Lehre zu diesem Problem befriedigen können.

Die Ansicht Krückmann's, die §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB setzten kein Verschulden des Leistungspflichtigen an der Verzögerung voraus, solange der Gläubiger sich nur vom Vertrage lösen, nicht aber Schadensersatz verlangen wolle¹⁾, ist nicht haltbar; beide Vorschriften verlangen nach ihrem eindeutigen Wortlaut den Eintritt des Schuldnerverzuges gemäß den §§ 284, 285 BGB, ehe sich der Gläubiger auf die dort vorgesehenen Rechtsfolgen berufen kann²⁾. - Auch die Behandlung der Leistungsverzögerung in Anlehnung an Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts³⁾ widerspricht der Systematik des Gesetzes. Da die nicht rechtzeitige Erfüllung nämlich ebenso wie die Gewährleistung des Verkäufers Sonderregeln unterworfen ist, können auf die Leistungsverzögerung, für welche die §§ 284 ff BGB gelten, nicht die Vorschriften über die Gewährleistung §§ 459 ff BGB entsprechend angewandt werden.

1) vgl. oben S. 232 f.

2) Enneccerus-Lehmann § 53 II S. 226 f.

Zu den Einwänden gegen eine Verwendung des Begriffs des Interessenwegfalls der §§ 286, 326 BGB in diesem Zusammenhang siehe unten S. 254.

3) so Eckstein: vgl. oben S. 233.

Die Lösung der Rechtsprechung, die auf den Unmöglichkeitsbegriff zurückgreift¹⁾, befriedigt ebenfalls nicht. - Der Versuch, die Rechtsfolgen einer objektiven Leistungsverzögerung zu ermitteln, kann ohnehin nur Fälle im Auge haben, die nur deshalb nicht nach Verzugsrecht zu beurteilen sind, weil der Schuldner für die aufgetretene Verspätung nicht verantwortlich ist. Verzugstatbestände können aber nicht, wenn ein Verschulden des Leistungspflichtigen fehlt, nach Unmöglichkeitsregeln beurteilt werden. "Unmöglichkeit der Leistung" ist ein objektiver Begriff; er sollte nicht mißbraucht werden, um die wünschenswerte Lockerung der Gläubigerbindung zu erreichen, wenn im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages die geschuldete Leistung zeitweilig objektiv ausbleibt. Die Formel der Rechtsprechung verführt dazu, Fälle des Interessenwegfalls (§§ 286 Abs.2, 326 Abs.2 BGB) nach Unmöglichkeitsregeln zu behandeln, wenn der Schuldner die Verzögerung nicht zu vertreten hat²⁾. Der Interessenwegfall ist aber etwas anderes als Unmöglichkeit; andernfalls wären die §§ 286 Abs.2, 326 Abs.2 BGB überflüssig, da unmittelbar die §§ 280, 325 BGB gelten würden. Wenn der Vertrag dem Gläubiger infolge der eingetretenen objektiven Verzögerung nicht mehr "attraktiv" erscheint, wird in Wahrheit nur selten Unmöglichkeit angenommen werden können.

Zwar können Verzögerungsfälle, mag der Schuldner die Verspätung zu vertreten haben oder nicht, nach Unmöglichkeitsregeln behandelt werden, wenn dem Gläubiger angesichts der tatsächlichen Ungewißheit über den Zeitpunkt des Fortfalls des Leistungshindernisses das Warten auf die Erfüllung selbst bei Berücksichtigung der Schuldnerinteressen nicht mehr zugemutet werden kann; dies kann sogar in Fällen der Kenntnis des Gläubigers von dem frühest möglichen Leistungstermin gelten, wenn der Vertragszweck wegen der Dauer der Verspätung nicht mehr erreicht werden kann. - In der Mehrzahl der Fälle aber, in

1) vgl. oben S.234 f.

2) vgl. auch Esser § 77 Nr.6 S. 334.

denen durch eine objektive Verzögerung das Interesse des Gläubigers an dem Austausch der vorgesehenen Leistungen beeinträchtigt wird, liegt eine Unmöglichkeit nicht vor.

Das Bemühen der Rechtsprechung, den Gläubiger einer vorübergehend ausbleibenden Leistung durch Anwendung der Unmöglichkeitregeln vor einem unzumutbaren Schaden zu bewahren, stellt sich daher nur als eine Hilfskonstruktion dar¹⁾: Ist der Vertragszweck wegen der Folgen der aufgetretenen Verzögerung tatsächlich nicht mehr erreichbar, kommt sie wohl zu dem wünschenswerten Ergebnis einer völligen Lösung der Gläubigerbindung. Dieser Weg der Rechtsprechung verkennt jedoch einmal, daß die verzögerte Leistung an sich noch möglich ist²⁾ und die Verzögerung im wesentlichen nur wegen der gleichzeitig fortbestehenden Verpflichtung des Gläubigers zur Erbringung der Gegenleistung dessen Interesse an der ihm geschuldeten Leistung beeinträchtigt hat. Wichtiger aber noch ist der Einwand, daß bei Anwendung der Unmöglichkeitregeln nicht verständigt gewürdigt werden kann, in welchem Ausmaß die Bindung des Gläubigers an den abgeschlossenen Vertrag zu lockern ist.

Über den Unmöglichkeitsbegriff können daher die Fälle der objektiven Leistungsverzögerung nicht befriedigend gelöst werden. Zu Recht weist Fikentscher in anderem Zusammenhang darauf hin, daß die Lehre von der Unmöglichkeit nur ein Teilbereich aus der allgemeinen Problemstellung ist, wann von dem Grundsatz der Verbindlichkeit des Vertragsversprechens wegen Unzumutbarkeit eine Ausnahme zu machen sei: das Unmöglichkeitsrecht sei ein

1) siehe dazu auch Esser § 34 Nr.9 b) S.118: "Damit hat man von der Unmöglichkeitslehre her das Problem weggefallener Äquivalenz zu lösen versucht". Siehe auch noch § 75 Nr.5 a) S.320.

2) vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kritik Danckelmann's an dem Begriff der "wirtschaftlichen Unmöglichkeit": Palandt-Danckelmann § 275 Anm.1 b).

spezialisierten Anwendungsfall der "Bindungskorrektur" durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte¹⁾. Die Fälle der objektiven Leistungsverzögerung, die im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftritt, finden eine gerechtere Lösung, wenn man die Rechtsfolgen nach dem Grundgedanken der Unzumutbarkeit zu bestimmen sucht, wobei noch insofern eine besondere Fallgruppe gegeben ist, als das Gläubigerinteresse durch die Hinauszögerung der Erfüllung des Schuldners beeinträchtigt worden ist. - Auch die kritisierte Rechtsprechung ermittelt im Grunde nach Treu und Glauben, ob die Vertragsbindung des Gläubigers noch fortbestehen soll²⁾; lediglich die Verwendung des Unmöglichkeitbegriffes ist irreführend und beschneidet die Möglichkeiten, den Interessen beider Parteien in dem gewünschten Maße gerecht zu werden.

Den angeführten Ansichten insgesamt ist vorzuwerfen, daß sie nur die Wahl sehen zwischen der mit unverändertem Inhalt fortbestehenden Bindung der Parteien und der völligen Abkehr vom Vertrage. Diese Differenzierung ist ungenügend: sie läßt außer acht, daß den Parteien mit einer Anpassung der beiderseitigen Leistungen eher gedient sein kann als mit dem völligen Scheitern des Vertragsverhältnisses.

e) 1. aa) Eine dogmatisch vertretbare Lösung des aufgezeigten Problems könnte die entsprechende Anwendung der Regeln des Annahmeverzuges (§§ 293 ff BGB) bieten. Die analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf den Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung könnte zu folgenden Ergebnissen führen: Der zunächst annahmebereite Gläubiger gerät entsprechend § 300 Abs.1 BGB nur in Annahmeverzug, wenn er die Entgegennahme der ihm verspätet angebotenen Leistung schuldhaft ablehnt; analog § 301 BGB

1) Fikentscher § 42 IV 1 S. 177.

2) vgl. oben S. 235.

siehe auch BGH Urteil vom 31.3.1953 LM § 275 Nr.2.

hat der Schuldner eine bisher unverzinsliche Geldschuld zu verzinsen¹⁾; schließlich kann der Gläubiger entsprechend § 304 BGB Ersatz der ihm durch die Leistungsverzögerung entstandenen Aufwendungen verlangen.

Die analoge Anwendung der Gläubigerverzugsvorschriften auf die objektive Leistungsverzögerung wäre aber nur denkbar, wenn die Interessenlagen von Schuldner und Gläubiger bei der Nichtannahme und der Leistungsverzögerung vergleichbar wären. Der Annahmeverzug will die Schuldnerpflichten mildern; der Verpflichtete soll nicht mehr leisten müssen, als er nach dem Inhalt der eingegangenen Verbindlichkeit schuldet. Dementsprechend könnte eine analoge Anwendung der §§ 293 ff BGB auf den Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung zur Folge haben, daß umgekehrt der Gläubiger nicht weniger erhält, als ihm geschuldet wird. Eine so gedachte Gleichbehandlung würde aber der Bewertung der Interessen von Gläubiger und Schuldner widersprechen, wie sie durch das Gesetz vorgenommen worden ist. Gemäß § 275 BGB soll grundsätzlich der Gläubiger das Risiko tragen, ein weniger zu erhalten. Wie die §§ 284 ff BGB ergeben, hat der Gläubiger nur bei einer Verzögerung, die der Schuldner zu vertreten hat, Anspruch auf Ausgleich der ihm dadurch entstehenden Nachteile. Eine entsprechende Anwendung der §§ 293 ff BGB auf Fälle objektiver Leistungsverzögerung würde dem Gläubiger eine Rechtsposition geben, die er nach der in den §§ 275, 280, 284 ff BGB im Gesetz niedergelegten Interessenbewertung nicht haben soll; die Vorschriften des Annahmeverzuges gelten daher nicht analog für die objektive Leistungsverzögerung.

1) Auf diese Möglichkeit brauchte bei Geldschulden natürlich nur dann zurückgegriffen zu werden, wenn trotz § 279 BGB eine von dem Schuldner nicht zu vertretende Leistungsverzögerung vorliegt; dazu oben S. 236.

bb) Auf diesen Tatbestand könnte aber § 323 Abs.2 BGB entsprechend anzuwenden sein. Könnte man nämlich die verspätete Leistung als "Ersatz" für die rechtzeitige Leistung im Sinne des § 323 Abs.2 BGB ansehen, würde sich ein verminderter Wert des erst später Geleisteten entsprechend auf die Gegenleistung des Gläubigers auswirken.

Ein solcher Analogieschluß ist jedoch abzulehnen. Der Absatz 2 des § 323 BGB setzt den Tatbestand des Absatz 1 voraus und ist eine typische Rechtsfolge der Unmöglichkeit. Unmöglichkeit liegt im Falle der Leistungsverzögerung aber nicht vor. Eine Anwendung der Unmöglichkeitsfolge des § 323 Abs.2 BGB auf die Leistungsverzögerung widerspricht der vom Gesetzgeber verfügten Trennung der Behandlung der verschiedenen Arten von Erfüllungsfehlern. - Davon abgesehen, gesteht § 323 Abs.2 BGB dem Gläubiger ein Wahlrecht zu, entweder sich auf die Unmöglichkeit zu berufen oder das Surrogat zu verlangen. Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung geht es aber um die Feststellung, wann und in welchem Maße die Bindung des Gläubigers an den Vertrag zu lockern ist. Eine § 323 Abs.2 BGB entsprechende Gestaltung der Rechte des Gläubigers wäre zu weitgehend. Sie würde das Ziel, in Fällen der bloßen Verzögerung der Leistung möglichst am Vertragsverhältnis festzuhalten, allzu sehr beeinträchtigen. Die Bestimmung des § 323 Abs.2 BGB vermag daher nicht zur Lösung des Problems der Wirkungen der objektiven Leistungsverzögerung beizutragen.

cc) Deren Wirkungen könnten jedoch aus der entsprechenden Anwendung bestimmter Vorschriften des Werkvertragsrechts zu entwickeln sein.

Die §§ 642, 643, 645 Abs.1 Satz 2 BGB scheiden für eine Analogie aus. Sie enthalten besondere Regeln des Annahmeverzuges, die auf die Bedürfnisse des Herstellers des Werkes zugeschnitten sind. Ebenso wie die Rechtsfolgen

der Leistungsverzögerung nicht durch Rückschlüsse aus der allgemeinen Regelung der §§ 293 ff BGB ermittelt werden können¹⁾, kommt auch eine entsprechende Anwendung der erwähnten Sonderbestimmungen des Werkvertragsrechts zum Gläubigerverzug nicht in Betracht.

Der Analogie fähig könnte aber § 636 BGB sein. Die Vorschrift ist die einzige, die an den Tatbestand der objektiven Leistungsverzögerung Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers anknüpft. Auf Grund der §§ 636 Abs.1, 634 Abs.1-3 BGB kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten, wenn der Unternehmer das Werk sei es auch unverschuldet - nicht rechtzeitig herstellt; ein Recht zu mindern hat der Gläubiger dagegen nicht²⁾.

Ein Rücktrittsrecht des Gläubigers in allen Fällen der objektiven Leistungsverzögerung entsprechend § 636 BGB könnte aber nur bejaht werden, wenn diese Vorschrift keine auf das Werkvertragsrecht beschränkte Sonderregelung wäre. - Der Erschwerung der Position des Herstellers durch § 636 BGB entspricht eine diesem günstigere Regelung der Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges (§§ 642, 643, 645 Abs.1 Satz 2 BGB). Erkennt man dieses Zusammenwirken der genannten Bestimmungen, kann man die Rechtsfolgen der Leistungsverzögerung und der Nichtannahme in den §§ 631 ff BGB nur als eine nicht ausdehnungsfähige Sonderregelung ansehen. § 636 BGB auf der einen und die §§ 642, 643, 645 Abs.1 Satz 2 BGB auf der anderen Seite bestimmen die Rechte und Pflichten von Gläubiger und Schuldner mit Rücksicht auf die besondere Eigenart des Werkvertrages abweichend von den allgemeinen Bestimmungen der §§ 284 ff, 293 ff BGB. Die Ausdehnung der Regelung des § 636 BGB über das Werkvertragsrecht hinaus stünde im Widerspruch zu dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift und würde ihren inneren Zusammenhang mit der Verschärfung der Gläubigerverzugsbestimmungen für das Gebiet des Werkvertrages übersehen³⁾.

1) vgl. oben S. 245 f.

2) RGRK-Denecke § 636 Anm.2; Staudinger-Riedel § 636 Anm.9.

3) Allgemein zur entsprechenden Anwendung singulärer Vorschriften: Enneccerus-Nipperdey § 43 I 2 S. 296 f.

2. aa) Eine Lösung des Problems könnte sich jedoch unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) aus der die §§ 320 ff BGB beherrschenden allgemeinen Idee der inneren Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gewinnen lassen. Der Gedanke des "do ut des" hat im Falle der von keinem der Beteiligten zu vertretenden Unmöglichkeit zur Entstehung der Vorschrift des § 323 BGB beigetragen: Der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung wird von der ihm obliegenden Gegenleistung frei. - Verzögert sich durch eine zufällige vorübergehende Unmöglichkeit die Erfüllung der geschuldeten Leistung, kann auch dadurch eine dem Gläubiger ungünstige Wertverschiebung in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eintreten. Wirkt die Verzögerung zum Beispiel in dieser Weise auf die "causa" des Schuldverhältnisses ein, muß das nach § 323 BGB für die Unmöglichkeit geltende gemäß § 242 BGB entsprechend auf den Fall der objektiven Verzögerung übertragen werden¹⁾.

Nur die Fortentwicklung der in § 323 BGB gezogenen Folgerung aus der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung erkennt an, daß bei der objektiven Leistungsverzögerung zwar die spätere Abwicklung des Vertrages noch möglich ist, ein solches buchstabengetreues Festhalten an einmal getroffenen Vereinbarungen unter Umständen aber den erfüllungsbereit gewesenen Gläubiger unzumutbar belasten kann. Angesichts der kausalen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, welche die Parteien selbst vorgenommen haben, kann der Schuldner billigerweise nicht mehr auf der unbedingten Bindung der Gegenpartei an einen Vertrag bestehen, dessen Zweck durch ein vorübergehendes Leistungshindernis auf seiner Seite und durch dessen Folgen gestört worden ist. Die Parteien müssen sich bei einer Störung des bei Vertragsschluß zugrunde gelegten Verhältnisses von Leistung und Gegen-

1) Heck (§ 39 Nr.3 S.117) scheint seine Lösung allein auf einer entsprechenden Anwendung des § 323 BGB stützen zu wollen.

leistung durch das Auftreten einer außerhalb ihres Einflusses liegenden Verzögerung die Folgerungen aus der von ihnen selbst vorgenommenen Verknüpfung der gegenseitigen Pflichten entgegenhalten lassen. Die Bestimmung der Rechtsfolgen eines vorübergehenden Leistungshindernisses entsprechend der in § 275 BGB zum Ausdruck gebrachten Gefahrtragungsregelung¹⁾ würde mit dem Gedanken des "do ut des" nicht zu vereinbaren sein.

Obwohl es für den Bereich der gegenseitigen Verträge mit Rücksicht auf den inneren Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung einer Regelung der Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung bedurft hätte, ist im Gesetz dieser Tatbestand nicht erwähnt. Angesichts einer solchen Unterlassung des Gesetzgebers müssen die Voraussetzungen und Folgen des nicht geregelten Erfüllungsfehlers nach Treu und Glauben ermittelt werden²⁾. Bei der Untersuchung, wann die objektive Leistungsverzögerung gemäß § 242 BGB Wirkungen zugunsten des Gläubigers zeitigt, sind die in den §§ 320 ff, insbesondere die in § 323 BGB aus dem Synallagma gezogenen Folgerungen zu beachten.

bb) Grundsätzlich bestehen auch bei der im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages auftretenden objektiven Leistungsverzögerung die Pflichten von Gläubiger und Schuldner in dem bisherigen Umfang fort.

Damit der Gläubiger aus diesem Verzögerungstatbestand mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben Rechte ableiten kann, müssen anders als im Falle der Unmöglichkeit nach § 323 Abs.1 BGB weitere Voraussetzungen erfüllt sein:

Die aufgetretene Verzögerung muß zunächst auf die "causa" des Schuldverhältnisses eingewirkt haben. Diese Voraus-

1) vgl. oben S.236-238.

2) siehe dazu Fikentscher § 42 IV 1 S. 177.

setzung enthält im Grunde nichts Neues. Zwar normiert § 323 Abs.1 BGB sie nicht ausdrücklich. Dessen bedurfte es aber auch gar nicht, weil im Falle des Unmöglichwerdens der Erfüllung der Schuld feststeht, daß die "causa" für die Gegenleistung des Gläubigers weggefallen ist. Im Falle der bloßen Verzögerung der Schuldnerverpflichtung bedarf es dagegen eingehender Prüfung, ob die Leistungsverzögerung gemäß § 242 BGB unter Berücksichtigung des Gedankens des "do ut des" besondere Rechte des Gläubigers begründet.

Ein Einfluß der Leistungsverzögerung auf die "causa" des Schuldverhältnisses kann einmal dann zu bejahen sein, wenn die spätere Abwicklung des Austauschverhältnisses für den Gläubiger unter Berücksichtigung seiner besonderen Verhältnisse dazu führen würde, daß er für eine wegen der Verzögerung in ihrem Wert geminderte Leistung die ursprünglich vorgesehene Gegenleistung erbringen müßte. Beachtlich sind also nur nach Beginn der Leistungsverzögerung eingetretene, nicht vorherige Wertverschiebungen. Bei der Berechnung des Wertes der auszutauschenden Leistungen können die besonderen Verhältnisse des Gläubigers auch nur insoweit berücksichtigt werden, als sie dem Vertragsverhältnis bei dessen Abschluß bereits zugrunde gelegen haben. Nachträgliche, dem Vertrag nicht zugrunde liegende Entwicklungen, die Einfluß auf den Wert der dem Gläubiger geschuldeten Leistung haben, müssen bei der Frage, ob durch die Verzögerung die "causa" des Vertragsverhältnisses berührt worden ist, außer Betracht bleiben. Eine nachträgliche Geschäftsumstellung des Gläubigers, durch die gekaufte Ware für ihn wertlos wird, bleibt demnach bei der Feststellung des Wertes der erst verspätet lieferbaren Ware unberücksichtigt. Die Tatsache dagegen, daß in dem Beispielsfall¹⁾ der Käufer technischer Geräte Händler, also Wiederverkäufer war, ist selbstverständlich für die Er-

1) vgl. oben S.236 unter 2.

mittlung der Werte der auszutauschenden Leistungen von Bedeutung. - Die causa des Geschäftes kann schließlich nur berührt sein, wenn die Verzögerung eine erhebliche Änderung des Wertverhältnisses bewirkt hat; eine geringfügige Wertverschiebung begründet keine Rechte des Gläubigers.

Aber auch eine erhebliche Veränderung der Werte der auszutauschenden Leistungen muß nicht notwendig die causa des Schuldverhältnisses berühren. Der Gläubiger kann sich in entsprechender Anwendung des Gedankens des § 287 Satz 2 BGB nicht auf solche Nachteile berufen, die ihn auch getroffen haben würden, wenn die gegenseitig geschuldeten Leistungen zu dem vorgesehenen Zeitpunkt ausgetauscht worden wären. Bemerkt beispielsweise der Käufer erst dank der eingetretenen Verzögerung, daß der für sein Wohnzimmer bestimmte Teppich bei späterem Einkauf für ihn vorteilhafter zu erwerben gewesen wäre, kann er keine Rechte aus dem Umstand ableiten, daß er bei späterer Abwicklung des Austauschverhältnisses einen geringeren als den erwarteten Wert erhält. In dem Beispiel des Kaufes technischer Geräte¹⁾ läge eine nicht unter § 287 Satz 2 BGB fallende Wertverschiebung vor, wenn der Gläubiger die Geräte bei rechtzeitiger Lieferung noch vor dem Auftauchen der Neuentwicklung weiterveräußert gehabt hätte; ob der Gläubiger die Einbuße auch bei rechtzeitiger Erfüllung erlitten hätte, ist von dem Schuldner entsprechend der Regel des § 287 Satz 2 BGB darzulegen und zu beweisen.

Wie Capitant²⁾ bereits für das französische Recht richtig erkannt hat, kann der Gläubiger ferner dann noch keine Rechte aus einem vorübergehenden objektiven Ausbleiben der ihm zustehenden Leistung ableiten, wenn auf ihn sogar die Gefahr eines zufälligen Unterganges des Leistungsgegenstandes etwa gemäß den §§ 324 Abs. 2, 446,

1) vgl. oben S. 236 unter 2.

2) siehe oben S. 229.

447 BGB übergegangen ist; ebenso wie im Falle einer Unmöglichkeit § 323 BGB nicht mehr anzuwenden wäre¹⁾, können die aus § 242 BGB abzuleitenden Rechtsfolgen der objektiven Leistungsverzögerung nicht gelten.

Die causa des Schuldverhältnisses kann aber außer durch eine Verschiebung in dem Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung noch in anderer Weise berührt werden. Wenn der Gläubiger seine Leistung bereithalten muß, bis er den ihm geschuldeten Gegenstand wenn auch verspätet erhält, kann die aufgetretene Verzögerung zu einer erheblichen Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit führen. Außer gegen unzumutbare Schadensfolgen der Verzögerung muß der Gläubiger auch dagegen geschützt werden, daß er wegen der Ungewißheit über das weitere Schicksal des abgeschlossenen Vertrages gehindert ist, mit bestimmten Vermögensgütern am Geschäftsleben teilzunehmen. Diesen Tatbestand, bei dem auch die objektive Leistungsverzögerung Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers auslöst, könnte man so umschreiben: Beeinträchtigt den Gläubiger die Notwendigkeit, die Gegenleistung bereithalten zu müssen, ohne den dafür nach dem Vertrag geschuldeten Gegenwert zu erhalten, derart in seiner Dispositionsfreiheit, daß ihm selbst bei Berücksichtigung der Schuldnerinteressen nach Treu und Glauben ein unverändertes Festhalten am Vertrage nicht zugemutet werden kann, ist seine eingegangene vertragliche Bindung zu lockern oder gar zu lösen.

Liegt demnach entweder der beschriebene Tatbestand einer dem Gläubiger nachteiligen Wertentwicklung von Leistung und Gegenleistung oder eine unzumutbare Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit vor, kann der Gläubiger Anpassung der von ihm geschuldeten Gegenleistung verlangen, unter Umständen sogar vom Vertrage zurücktreten.

cc) Es fragt sich, wann der Rücktritt erklärt und wann die Vertragsanpassung verlangt werden kann.

1) Fikentscher § 44 III 1 f S. 194; Palandt-Danckelmann § 323 Anm. 1.

Der Rücktritt kann nur dann in Betracht kommen, wenn die während der Verzögerung eingetretene Wertverschiebung die causa des Vertrages in einem solchen Maße berührt hat, daß dem Gläubiger auch bei gebührender Berücksichtigung der Interessen des Schuldners ein Festhalten selbst an einen angepaßten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Diese Formulierung besagt etwas anderes als der in den §§ 286 Abs.2, 326 Abs.2 BGB angeführte Begriff des Interessenwegfalls. Wird dort nur auf das Interesse des Gläubigers abgestellt, so sind hier, wo keine Haftung des Schuldners, sondern ein gerechter Ausgleich innerhalb der Gefahrgemeinschaft Gläubiger - Schuldner in Rede steht, die Interessen des Schuldners in die Abwägung miteinzubeziehen, ob den beiderseitigen Interessen eher mit einer Anpassung oder mit einem Rücktritt gedient ist.

Im Regelfall dürfte den beiderseitigen Interessen eher durch eine Anpassung des Vertrages gedient sein. Bei dieser Anpassung entsprechend den §§ 242, 323 BGB muß man bei der Bestimmung der Bedeutung eines zeitweiligen objektiven Leistungshindernisses einseitige Lösungen zugunsten einer Vertragspartei zu vermeiden suchen. In Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) müssen bei der Anpassung der auszutauschenden Leistungen die beiderseitigen Interessen der Vertragspartner, der Ursprungsort des Leistungshindernisses sowie die Zurechenbarkeit der sonstigen Ursachen, die zu der Verschiebung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung geführt haben, berücksichtigt werden. Dabei kann als Leitsatz aufgestellt werden, daß echte Einbußen des Gläubigers in stärkerem Umfange von dem Schuldner zu tragen sind als Verluste, die der Gläubiger durch das Entgehen eines Gewinnes erleidet. In dem Beispielsfall des Kaufes technischer Geräte könnte die Vertragsanpassung wie folgt aussehen: Durch die objektiv eingetretene Verzögerung mindert sich der Wert der gekauften Ware für den Gläubiger um 6.000,- DM. Davon sind 2.000,- DM Vermögensminderung, 4.000,- DM entgangener Gewinn. Berück-

sichtigt man, daß der Verkäufer dank der Vertragsanpassung seine Ware noch an einen Händler loswerden kann, der für sie noch beschränkte Verwendungsmöglichkeiten hat, erscheint folgende Neufestsetzung der gegenseitig geschuldeten Leistungen gerechtfertigt: Die echte Vermögensminderung des Gläubigers ist vom Schuldner zu tragen, auf den entgangenen Gewinn muß der Gläubiger mit Ausnahme auf $\frac{1}{4}$ verzichten. Das bedeutet, D hat dem C die inzwischen veralterten technischen Geräte zu einem Preise von 7.000,- DM an Stelle von bisher 10.000,- DM zu liefern.

Ist im Falle einer auf der objektiven Leistungsverzögerung beruhenden Wertverschiebung im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung die Vertragsanpassung die Regel und ein Rücktrittsrecht des Gläubigers die Ausnahme, wird es dann umgekehrt sein, wenn durch das Warten auf den Zeitpunkt der Möglichkeit der Vertragsabwicklung die Dispositionsfreiheit des Gläubigers in unzumutbarer Weise beschränkt wird. Bei dem Kauf der ertragversprechenden Spezialmaschine¹⁾ ist dem Gläubiger jedenfalls dann ein Rücktrittsrecht zuzubilligen, wenn der Zeitpunkt der Möglichkeit der Vertragserfüllung völlig ungewiß wäre, er sich aber von anderer Seite eine gleichwertige Maschine besorgen könnte. Eine Vertragsanpassung könnte nur dann in Betracht kommen, wenn der Zeitpunkt der tatsächlichen Lieferung der geschuldeten Maschine absehbar wäre.

Auch im deutschen Recht bleibt daher das objektiv auftretende Leistungshindernis nicht ohne Einfluß auf den Inhalt des Schuldverhältnisses. Kommt der Gläubiger in Verzug, treten die Wirkungen bereits auf Grund der objektiv gegebenen Annahmeverzögerung ein. Kann der Schuldner im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages unverschuldet vorübergehend nicht leisten, ist der Gläubiger bei Vorliegen der entwickelten Voraussetzungen berechtigt, eine Anpassung des Vertrages oder sogar die Lösung von seiner vertraglichen Bindung zu verlangen.

1) vgl. den Beispielsfall 3 oben S.236.

Schlußbetrachtung

Die "demeure" kennzeichnet die Verpflichtung sowohl des säumigen Schuldners als auch des nichtannehmenden Gläubigers, bei schuldhaftem Handeln unter gewissen Voraussetzungen für die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens einzustehen. Im deutschen Recht begründet nur der Schuldnerverzug eine derart umfassende Verantwortlichkeit; der nicht mitwirkende Gläubiger dagegen übernimmt mit Eintritt des von einem Verschulden unabhängigen Gläubigerverzuges zwar erhöhte Risiken, nicht aber die volle Verantwortlichkeit für die Folgen seines Verhaltens. - Das nur in Ansätzen erkennbare Bemühen der deutschen Rechtslehre, in besonders einschneidenden Fällen eine weitergehende Verantwortlichkeit des Gläubigers bei schuldhafter Nichtannahme der Leistung durch Anwendung der Regeln der positiven Forderungsverletzung zu begründen, ist mit den oben aufgestellten einschränkenden Voraussetzungen¹⁾ zu begrüßen.

Dem französischen Verzugsrecht ist jede Anknüpfung an einen objektiven Verzögerungstatbestand fremd. Jedoch hat die Rechtsprechung im Bereich der gegenseitigen Verträge mit Rücksicht auf die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung die Verzögerung der einen Leistung als Grund für eine Anpassung der Gegenleistung oder gar für eine Abkehr des zum Abwarten Genötigten vom Vertrage angesehen. Bei einseitigen Leistungspflichten kennt das französische Recht keine so allgemeine Verbesserung der Lage der beeinträchtigten Vertragspartei. Lediglich im Falle der Nichtannahme der angebotenen Leistung bessert sich die Lage des Schuldners auf Grund von Bestimmungen, die den Inhalt seiner Verpflichtung begrenzen; diese Verbesserung enthebt den Schuldner aber nur eines Teiles der zusätzlichen Lasten, die ihm durch die Nichtannahme aufgebürdet werden. Angesichts der im Gesetz getroffenen klaren Entscheidung erscheint in diesem Bereich eine be-

1) vgl. oben S. 218-220.

friedigende Lösung nur über eine Änderung des Code civil erreichbar. - Das deutsche Recht enthält wegen der Folgen der Nichtannahme, mag sie der Gläubiger auch nicht zu vertreten haben, in den §§ 293 ff BGB außer der einen aufgezeigten Ausnahme¹⁾ eine geglückte Regelung. Die Wirkungen der objektiven Leistungsverzögerung des Schuldners im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages hat die deutsche Rechtslehre in ihrer überwiegenden Mehrheit mit Hilfe des Unmöglichkeitbegriffes nur unzureichend bestimmt; die Ermittlung der Rechtsfolgen einer vorübergehenden Leistungsbehinderung aus § 242 BGB führt zu gerechteren Ergebnissen.

1) vgl. oben S. 206 ff.

L e b e n s l a u f

Ich, Edgar Klees, wurde am 10. April 1939 in Berlin-Karlshorst als Sohn des leitenden Angestellten Edgar Klees und seiner Frau Irmgard geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Einschulung im Herbst 1945 besuchte ich zunächst die Volksschulen in Herzebrock (Kreis Gütersloh) und Berlin-Dahlem, anschließend die folgenden höheren Schulen: Das Canisius-Kolleg in Berlin-Tiergarten, die Rektoratschule in Mettingen/Westfalen und das Amtsgymnasium in Ibbenbüren. Dort bestand ich am 4. März 1957 die Reifeprüfung.

Ab dem Sommersemester 1957 studierte ich die Fächer Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Das Sommersemester 1958 und das anschließende Wintersemester studierte ich in Freiburg, kehrte anschließend aber nach Münster zurück. Mit dem Sommersemester 1961 beendete ich dort mein Studium. Am 27. Januar 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/Westfalen die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat "vollbefriedigend".

Am 4. März des gleichen Jahres begann ich in Nordrhein-Westfalen den juristischen Vorbereitungsdienst. Vom September 1963 bis Mai 1964 hielt ich mich teils im Rahmen des Vorbereitungsdienstes, teils als von diesem beurlaubt in Paris auf. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 22. Juni 1967 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf mit der Note "vollbefriedigend".

Seit dem 4. September 1967 bin ich in einem Kaufhausunternehmen tätig.

